PREFACIO

Hemos decidido publicar este Manual de la Constitución Reformada para ofrecer en un texto actualizado del mejor modo que nos es posible, la visión completa de la constitución que nos rige desde el 24 de agosto de 1994.

Hay consenso en que un Manual debe ser breve y claro. Esta pauta nos es difícil en el caso, porque fundamentalmente militan dos aspectos: por un lado, la brevedad y la claridad no deben sacrificar explicaciones que, sobre todo para los estudiantes, hacen más comprensible lo que el autor quiere transmitir; por otro lado, todo lo que hemos considerados factible suprimir queda necesariamente reemplazado por las modificaciones surgidas en la reforma constitucional.

Por ende, este nuevo Manual conserva muchos contenidos del Tratado Elemental que en sus tomos I y II habíamos puesto al día en 1993, y añade los que la mencionada reforma obliga a incorporar.

Esperamos no defraudar, con este primer tomo, a cuantos tomen en sus manos este libro.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

LA ESTRUCTURA, EL CONTENIDO Y LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL TRIALISMO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. - El orden de conductas, o dimensión sociológica. - El orden de normas, o dimensión normativa o normológica. - El orden del valor, o dimensión dikelógica. - II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL FORMAL Y MATERIAL. - La constitución formal. - La constitución material. - El bloque de constitucionalidad. - La fuerza normativa de la constitución. - La coincidencia, discrepancia u oposición entre la constitución formal y la constitución material. - III. LAS FUENTES. - Las fuentes formales y materiales. - Las fuentes del derecho constitucional argentino. - El derecho espontáneo. - El derecho judicial. - Las fuentes en relación con la validez y la vigencia. - La interrelación de vigencia y validez. - El derecho internacional público. - Las fuentes históricas.

I. EL TRIALISMO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. — El derecho constitucional o derecho de la constitución es una parte del mundo jurídico. Empleamos la locución “mundo jurídico” como equivalente de la voz “derecho”. La palabra “derecho” origina, muchas veces, polémica, según la posición iusfilosófica que se adopte. En primer lugar, el debate se traba entre quienes dicen que el orden jurídico que no es justo, no es derecho; en tanto otros decimos que hay —o puede haber— un derecho que sea injusto, sin perder por eso su juridicidad. En segundo lugar, hay quienes definen al derecho como un conjunto o sistema de normas, en tanto otros resaltamos en primer lugar al derecho como realidad compuesta por conductas humanas en relación de alteridad social. Con la locución *mundo jurídico* designamos, esquivando esa discusión, al fenómeno jurídico que nos resulta real y perceptible.

Mundo jurídico es, entonces, una realidad a la que calificamos con los adjetivos de *humana y social.* Este mundo jurídico se integra o compone con *tres ámbitos*, dimensiones, u órdenes: el de las *conductas*, el de las *normas* y el del *valor.* Al primero lo llamamos dimensión *sociológica;* al segundo, dimensión *normativa* o *normoló-gica;* y al tercero, dimensión *dikelógica* (porque “dike” quiere decir “justicia”).

2. — La “juridicidad” que predicamos de este mundo —o del derecho— proviene de la relación necesaria que se da entre él y el *valor justicia:* el mundo jurídico jamás es neutro o indiferente al valor justicia, sino que siempre —sea justo o sea injusto— guarda dirección y vinculación hacia aquel valor y con aquel valor.

El orden de conductas, o dimensión sociológica

3. — El orden de las conductas nos presenta conductas, es decir, *comportamientos humanos.* Conducta es algo que hacemos los hombres. Esta conducta lleva a cabo un *reparto.*

Un reparto es, en el sentido más simple del término, una adjudicación o distribución. ¿De qué? ¿Qué es lo que se adjudica o distribuye en un reparto? Se adjudica *potencia e impotencia.* Potencia es, en una aproximación sumamente simplificada, todo lo que significa beneficio o ventaja. Impotencia es lo contrario: todo lo que significa una carga o un perjuicio. (Normativamente, a la "potencia" se la suele ver como *derecho,* y a la "impotencia" como *deber u obligación.*)

4. — Cuando el legislador impone una contribución, realiza un reparto; o sea cumple una conducta de reparto. En ese reparto adjudica a los contribuyentes la "impotencia" de pagar el impuesto, y al fisco, la "potencia" de recau-darlo. Cuando el constituyente reconoce el derecho de asociación, cumple una conducta de reparto. En ese reparto, adjudica a todos los hombres la "potencia" de formar una o varias asociaciones, de administrarlas, de obtener el reconocimiento estatal de las mismas, etc., y adjudica también al estado y a los otros hombres —recíprocamente— la "impotencia" de no impedir la formación de la asociación, de reconocerla, etcétera.

5. — Las conductas de reparto constituyen la *realidad fundamental* del mundo jurídico, dentro del cual integran un *orden:* el orden (o dimensión) *sociológico.*

De alguna manera, retrocedemos a la vieja noción de que el derecho es "res" (cosa): "ipsa res iusta", la misma cosa justa, según los escolásticos. Sólo que nosotros no exigimos que esa cosa (que es conducta humana) sea necesariamente justa (puede ser injusta), bastándonos que tenga *dirección relacional al valor justicia* (o sea, que de ella pueda predicarse que es justa o injusta).

a) Las conductas que interesan a la dimensión sociológica del derecho constitucional son las conductas (justas o injustas), que se consideran "modelo". ¿Qué significa "conducta-modelo"? Significa una conducta que se considera y propone como "modelo" para ser imitada o repetida en casos análogos futuros, o que tiene aptitud para ello. El ser "modelo" implica que se la reputa "ejemplar" (que adquiere "ejemplaridad") para obtener "seguimiento" (imitación o repetición) en situaciones similares.

Las conductas que no alcanzan a cobrar ejemplaridad, no forman parte del orden de conductas, pero sí de la *realidad* constitucional.

b) Las conductas ejemplares tienen *vigencia sociológica*. Se generalizan con aptitud para servir de modelo y para reiterarse en otros casos similares. La vigencia sociológica es equivalente a "derecho *vigente*".

c) El orden de conductas ejemplares tiene también naturaleza *temporal.* Ello quiere decir que "aquí" y "ahora" funciona, en tiempo *presente* y *actual* (no "ha sido" ni "será" sino que "es"). Este carácter presente y actual coincide con la vigencia sociológica que lo hace ser "derecho vigente".

d) "Derecho positivo" equivale a "derecho vigente" (sociológica-mente).

e) Si "derecho constitucional *positivo*" es igual a "derecho constitucional *vigente sociológicamente*", el derecho constitucional positivo y vigente es lo que llamamos la *constitución material o real,* es decir, la que funciona y se aplica actualmente, en presente.

El orden de normas, o dimensión normativa o normológica

6. — El *orden normativo* se compone de *normas.*

La norma es la *captación lógica de un reparto por parte de un tercero neutral.*

La norma describe conductas, y es un *ente lógico.*

7. — Las normas pueden estar *formuladas expresamente, o no estarlo.* La formulación expresa más difundida es la *escritura* (normas escritas), pudiendo no obstante existir normas formuladas expresamente sin estar escritas —por ej.: las que se grabaran en un disco magnetofónico—. Por ser la escritura la manera habitual de formulación expresa, hablamos normalmente de normas escritas, o de derecho escrito.

Hay también normas *no escritas o no formuladas expresamente.* Tradicionalmente se las ha llamado *consuetudinarias.*

El orden del valor, o dimensión dikelógica

8. — Por fin, tenemos el *orden del valor.* El valor más importante y excelso en el mundo jurídico es la *justicia.*

El valor es objetivo y trascendente, porque no es creado ni inventado por los hombres, sino únicamente descubierto y conocido por los hombres. Por este carácter direccional y relacional hacia el hombre, el valor vale o es valor *para el hombre.* Descubierto y conocido el valor por el hombre, el hombre realiza o puede realizar el valor temporalmente.

El valor no es autoejecutorio, lo que en otros términos significa que el valor no se realiza solo, ni lleva a cabo repartos, ni distribuye nada a nadie. El valor señala desde su *deber-ser-ideal* o deber ser *puro* cómo deben ser las conductas. Este deber ser ideal equivale a la "*valencia* intrínseca" del valor. El valor *vale* por sí mismo y por sí solo, y vale aunque no se realice con signo positivo en el mundo jurídico.

El deber ser ideal o puro del valor justicia es un deber ser *dikelógico* (porque dikelogía es la ciencia de la justicia).

9. — Hay quienes sostienen que el *único* valor jurídico es la *justicia;* otros, al contrario, postulan que existe un *plexo* o conjunto de valores jurídicos, a los que encabeza y preside la justicia. Entre esos otros valores podemos citar la *libertad,* la *cooperación,* la *solidaridad,* el *orden,* la *seguridad,* la *paz,* el *desarrollo,* etc.; y cabe decir que el mismo *bien común* y el *poder* son también valores. Todos ellos se hallan en corriente circulatoria, y los más inferiores (o menos valiosos) sirven de apoyo a los superiores (o más valiosos).

Conviene advertir que los valores tienen su *contravalor* o su *disvalor;* así, "justicia-injusticia"; "seguridad-inseguridad", etc. A veces, un valor tiene en contraposición más de un disvalor; el valor poder tiene, por defecto, el disvalor anarquía, y por exceso el disvalor opresión (o absolutismo, o autoritarismo, o totalitarismo).

Los valores jurídicos son, a la vez, en el campo del derecho constitucional, valores *políticos,* porque guardan relación con el estado, con la politicidad, con la organización política que llamamos estado.

Los valores *jurídicos* no son el techo último. Aunque lo sean en el mundo jurídico, ellos deben propender a un valor *ético* que es más elevado todavía que la misma justicia, y es el valor *"personalidad"* propio de todo ser humano o de la persona humana, a cuyo desarrollo y crecimiento en plenitud se enderezan el derecho y la política.

El valor "personalidad" sirve de orientación y de base al *estado democrático,* que respeta y promueve la dignidad del hombre.

10. — El valor no es histórico, pero sí es *histórico* su ingreso a una comunidad. La base o el "sustrato" en que el valor se apoya y toma encarnadura histórica es la *conducta humana* y, de alguna manera, también el conjunto cultural de ideas, creencias, representaciones y valoraciones sociales.

11. — El deber ser ideal del valor es un deber ser ideal *valente* (que vale) y *exigente* (que exige). Cuando las conductas realizan el valor con signo positivo, decimos que en el mundo jurídico se fenomeniza una manifestación, que es la realización *actual* de la justicia (con toda la limitación e imperfección del obrar humano). Cuando el valor no se realiza con signo positivo, hay una injusticia (signo negativo). Tal injusticia engendra un "deber *de actuar*" para suprimirla, no bien alguien está en condiciones de obrar para que esa injusticia desaparezca.

Esto demuestra que el valor *penetra* al ámbito del mundo jurídico o derecho positivo, y que no queda sin contacto con él. Además, con el mismo valor *valoramos* como justas o injustas a las conductas y a las normas que forman los otros dos sectores del mundo jurídico, y que se convierten en el *material estimativo* del valor (lo que el valor valora).

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL FORMAL Y MATERIAL

12. — Cualquiera que desea conocer cómo es el régimen político de un estado, no se conforma con leer su constitución escrita o formal (si es que la tiene). Ambiciona saber si esa constitución funciona, se aplica, se cumple; o si, al contrario, está deformada en la práctica, o es sistemáticamente violada en todo o en parte; se preocupa por indagar qué otros contenidos

constitucionales han ingresado a la dimensión sociológica a través de diferentes fuentes: la costumbre, el derecho internacional, la legislación, la jurisprudencia.

En una palabra, tiene la certeza de que el *texto* de la constitución sólo le arrimará *normas escritas,* pero sin darle el dato acerca de su *vigencia sociológica,* de su aplicación. Esto tendrá que buscarlo en la dimensión sociológica.

Es claro que la referencia a la constitución escrita, cuando la hay, es importante, para tener noticia de si el régimen político se ajusta o no a ella; es decir, si la constitución material le proporciona vigencia sociológica, o discrepa con sus normas.

Si acaso pensamos en un estado donde la constitución escrita funciona con exactitud y fidelidad, tampoco podemos agotar nuestro análisis en ella, porque así sólo llegaremos al resultado parcial de saber que las normas escritas de esa constitución se cumplen. Pero ¿no hay otros contenidos en la constitución material, que exceden a la formal, y que provienen de *fuentes* distintas? Los hay, y de nuevo hay que hallarlos en la *dimensión sociológica.*

Por fin, todo el material que el investigador encuentra en la dimensión sociológica y en la normativa suele normalmente ser colocado por él bajo *estimativa* o *valoración*, para enunciar su justicia o su injusticia, para relacionarlo con los valores jurídicos, para emitir un *juicio de valor.*

13. — El contenido del derecho constitucional es más estrecho o más amplio según la perspectiva que se adopta.

a) Si usamos la del *derecho constitucional formal,* decimos que tal contenido está dado también formalmente por la *constitución escrita* o *codificada;* y en los estados donde ella no existe, por las normas constitucionales dispersas que tiene formulación también escrita.

b) Si empleamos la perspectiva del *derecho constitucional material,* el contenido se vuelve mucho más abundante. No nos encasillamos en el texto de la constitución formal, sino que nos desplazamos a la *dimensión sociológica.*

14. — Una vez que tenemos los dos ángulos de perspectiva, hemos de averiguar cuál es la *materia* o el *contenido* del derecho constitucional material.

La materia o el contenido están dados por dos grandes ámbitos o partes: a) la que se refiere al *poder*, sus órganos, sus funciones, y las relaciones entre órganos y funciones; b) la que se refiere al modo de *situación política de los hombres* en el estado, sea en las relaciones del hombre con el propio estado, sea en las relaciones con los demás hombres.

La primera parte se llama *parte orgánica,* o "derecho constitucional *del poder*". La segunda se llama *parte dogmática*, y en el constitucionalismo moderno (que define la situación política del hombre por el reconocimiento de su libertad y sus derechos) se puede llamar también "derecho constitucional *de la libertad*".

La constitución formal

15. — El derecho constitucional *formal* se maneja con una constitución también *formal.* Si la pensamos en su tipo clásico de constitución *escrita* o *codificada,* podemos describirla conforme a las siguientes características:

a) La constitución es una *ley.*

b) Por ser la ley *suprema,* se la considera como *super ley.*

c) *Esa ley es escrita.*

d) *La formulación escrita está codificada,* cerrada, o reunida en un texto único y sistematizado.

e) Por su *origen*, se diferencia de las leyes ordinarias o comunes en cuanto es producto de un poder constituyente que, también formalmente, aparece elaborándola.

De este esquema deducimos que la constitución formal pone el acento fundamentalmente en el aspecto *normativo.*

La constitución material

16. — El derecho constitucional material remite a la dimensión *sociológica,* y utiliza el concepto de constitución *material,* o *real,* que equivale también al de *régimen político* o sistema político.

Si buscamos sinónimos, decimos que la constitución material es la constitución *vigente* y *eficaz* (derecho constitucional *positivo*) de un estado, "aquí" y "ahora" en tiempo presente. Una constitución es material cuando tiene *vigencia sociológica, actualidad* y *positividad.*

La constitución material se atiene, fundamentalmente, al fenómeno de la *vigencia sociológica,* a diferencia de la formal que, primariamente, destaca la *normatividad.*

El bloque de constitucionalidad

17. — Aunque no está demasiado trabajado en la doctrina constitucional argentina, pero sí en el derecho comparado, el bloque de constitucionalidad resulta interesante.

Por bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema en cada estado, un conjunto normativo *que parte de la cons-titución,* y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales *fuera del texto de la consti-tución escrita.* Suele situarse en ese bloque a los tratados interna-cionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera.

El bloque de constitucionalidad así integrado sirve para acoplar elementos útiles en la *interpretación* de la constitución, y en la *integración* de los vacíos normativos de la misma.

En el derecho constitucional argentino después de la reforma de 1994, damos por alojados en el bloque de constitucionalidad a los *tratados internacionales de derechos humanos* a que hace referencia el art. 75 inc. 22 (ver Cap. V, nº 9).

La fuerza normativa de la constitución

18. — La constitución formal o escrita es jurídica, es normativa, contiene *normas jurídicas.* Por eso cabe decir que es "derecho": el *derecho de la constitución.*

De esta juridicidad que se predica de todo el texto constitucional —incluido su preámbulo y sus disposiciones transitorias— se desprende la llamada *fuerza normativa.* La constitución posee en sí misma fuerza o vigor normativos, lo que significa que es exigible, obligatoria, aplicable y vinculante. Y lo es para todos, para los gobernantes y para los particulares.

La fuerza normativa del derecho de la constitución no quiere decir que sus normas consigan por sí solas y automáticamente el cumplimiento debido. Las normas por sí mismas no disponen de tal capacidad para lograr que las conductas se ajusten a la descripción que de ellas hacen aquellas normas, pero su fuerza normativa obliga a que se adopten todos los condicionamientos necesarios —de toda clase— para alcanzar ese resultado.

En suma, la fuerza normativa está en las normas del derecho de la constitución, pero se dirige a realizarse en la *dimensión sociológica* de las conductas. Es decir, apunta a alcanzar la efectividad de las normas escritas en la *vigencia sociológica.*

La coincidencia, discrepancia u oposición entre la constitución formal y la constitución material

19. — La constitución *material puede coincidir* con la constitución formal. Ello acontece cuando la constitución formal tiene vigencia sociológica, funciona, y se aplica.

La constitución material puede *no coincidir* con la constitución formal en todo o en parte. Ello acontece cuando la constitución formal, total o parcialmente, no tiene vigencia sociológica, ni funciona, ni se aplica.

Una constitución formal o parte de ella puede no tener vigencia actual porque la tuvo y la perdió; o puede no haberla adquirido nunca (todo ello por violación ejemplarizada o por desuso).

Cuando la constitución formal, en todo o en parte, no tiene vigencia, hay siempre una constitución *material* vigente que es la constitución *real* que funciona y se aplica.

Todo estado tiene su constitución material, porque está "constituido" u organizado de una manera determinada. En los estados que carecen de constitución formal, hay por ello, siempre y necesariamente, una constitución material.

Dichos estados pueden tener:

a) Un conjunto de leyes de contenido constitucional que, por no estar codificadas o reunidas, se llaman, pese a estar escritas: "constitución no escrita". Modernamente, se ha preferido usar la terminología de "constitución *dispersa*", por oposición a la codificada o escrita. (Para que estas leyes formen parte de la constitución material es menester que tengan vigencia sociológica, o funcionamiento.)

b) *Simultáneamente* con esa constitución dispersa, un orden de conductas ejemplares, descriptas y captadas lógicamente como normas no escritas (*derecho no escrito* o consuetudinario).

c) *Exclusivamente* un orden de conductas de reparto ejemplares, descriptas y captadas lógicamente como normas no escritas.

Es difícil que un estado sin constitución formal muestre únicamente el fenómeno de los incisos a) y c). En general, tienen leyes constitucionales dispersas, más derecho no escrito.

20. — La constitución material o el derecho constitucional mate-rial son siempre *más amplios* que la constitución formal o el derecho constitucional formal. Y eso aunque pensemos la hipótesis de que la constitución material y la formal coincidan.

¿Por qué? Porque aunque se dé esta coincidencia, con ella sólo queremos señalar el hecho de que la constitución formal tiene vigencia sociológica, funciona y se aplica con eficacia. Pero la constitución material la excede porque en ella siempre hay contenidos incorporados al margen y fuera de la formal, por la actividad de diversas *fuentes* que estudiaremos después.

III. LAS FUENTES

Las fuentes formales y materiales

21. — La palabra *"fuentes" del derecho* es multívoca. Muchos distinguen las fuentes de "las normas" (o del orden normativo) y las fuentes "materiales". Nosotros abordaremos la dualidad (fuentes *del orden normativo,* y fuentes *del derecho constitucional material*).

a) *Fuentes de las normas* puede significar:

a') la "manifestación" o "constancia" de la norma, por la que sabemos que en el orden normativo "hay" una norma; en este sentido, la fuente parece ser la misma norma;

a") el "acto de creación" o de establecimiento de la norma;

a''') el conjunto de ideas, valoraciones, normas, realidades, etc., que sirve de inspiración para el contenido de la norma.

b) *Fuentes del derecho constitucional material,* en cambio, alude a todo canal o carril por el cual ingresa y se incorpora —o emigra— un contenido en la constitución material; todo cuanto en ella encontramos proviene de una fuente que engendra un derecho *vigente* en la dimensión *sociológica* (no una norma sin aplicación ni eficacia).

Con este enfoque es fácil admitir que el derecho constitucional material recibe, o puede recibir, contenidos reales de diversas fuentes: de la misma constitución formal, cuando ella funciona y se cumple; de leyes con contenido constitucional en igual caso; de tratados internacionales en las mismas condiciones; del derecho no escrito (consuetudinario y espontáneo); del derecho judicial, etc.; el *derecho internacional no contractual* (es decir, surgido de la costumbre, y no de tratados y convenciones) funciona también como fuente del derecho constitucional material.

Las fuentes del derecho constitucional argentino

22. — Aplicando el esquema hasta aquí elaborado al derecho constitucional argentino, observamos que nuestro estado tiene una constitución *formal:* la de 1853 con sus ulteriores reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

(Descartamos la reforma de 1949 porque quedó sin vigencia con la proclama revolucionaria de 1956; y la enmienda transitoria de 1972, porque agotó su plazo máximo de aplicación.)

Por consiguiente, decimos que en el orden de las *fuentes formales* o de constancia, la primera fuente es la propia *constitución formal.*

A ella añadimos:

a) *Normas escritas dispersas,* como lo son las leyes dictadas por el congreso (ordinarias en cuanto a origen y forma) que regulan materia *constitucional;* a título de ejemplo, señalamos la ley de acefalía, la de ministerios, la de partidos políticos, la electoral, la de amparo, la de expropiación, la de ciudadanía, etc. Las llamamos "leyes *constitucionales*" (por su materia o contenido).

La *reforma de 1994,* que ha dado a la constitución una textura muy abierta, derivó expresamente al congreso la competencia para dictar numerosas leyes de complementación, determinación o reglamentación de normas constitucionales.

b) *Tratados internacionales,* como los que versan sobre derechos humanos, sobre la integración a organizaciones supraestatales, el Acuerdo de 1966 con la Santa Sede, la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, etcétera.

La *reforma constitucional de 1994* ha introducido una importante modificación en este ámbito, cuando el art. 75 inc. 22 reconoce a determinados tratados de derechos humanos la *misma jerarquía* de la constitución.

El derecho espontáneo

23. — Al derecho *no escrito* lo venimos llamando hasta ahora, para conservar la denominación tradicional, *derecho consuetudinario.* Esta terminología proviene de atribuir a la *costumbre* carácter de fuente material.

Trabajado el tema en el derecho privado, se ha exigido para el reconocimiento del derecho consuetudinario una serie de condiciones: a) muchos casos análogos; b) repetición o frecuencia de conductas análogas en casos similares durante mucho tiempo; c) el "animus" o convicción de su obligatoriedad.

En el *derecho constitucional material* nos topamos a veces con un derecho no escrito que responde a esa tipología consuetudinaria. No sería difícil admitir que buena parte de la constitución no escrita o dispersa de Gran Bretaña es consuetudinaria.

En otras muchas situaciones, la fuente material es creadora de derecho constitucional con modalidades que no responden al tipo privatista del derecho consuetudinario. *Una o pocas* conductas, durante un *lapso breve,* engendran o pueden engendrar derecho constitucional. ¿Cómo? ¿Por qué? La respuesta exige un resumen rápido de su caracterización.

La conducta que, desde su origen o posteriormente, se torna en *modelo y se ejemplariza,* por la pauta o el criterio de valor que lleva adosados, sabemos que por el *seguimiento* o la viabilidad de seguimiento es una conducta *vigente,* que tiene *vigencia sociológica.* Si la ejemplaridad funciona en poco tiempo, o a través de un lapso prolongado, o si proviene de una sola conducta, de pocas o de mu-chas, no interesa. Basta que exista. Cuando existe, podemos captar lógicamente como *norma general* la descripción de la conducta ejemplarizada. La normatividad extralegal o no escrita aparece rápidamente.

¿De dónde viene la aceleración del proceso? Es muy simple. De que habitualmente las conductas que se ejemplarizan, no obstante ser conductas individuales cumplidas por hombres, tienen como *autores* a hombres con una calidad muy especial: la de ser *titulares o detentadores del poder,* a quienes en el orden de las normas visualizamos como *órganos* del poder o del estado. El uso y ejercicio del poder permite que esas conductas se socialicen y generalicen muy pronto, se erijan en modelo, tengan aptitud de incitar al seguimiento o a la imitación, y se revistan de ejemplaridad.

Para denotar con más precisión la naturaleza del fenómeno de aceleración en la fuente material, preferimos hablar de *derecho espontáneo,* y reservar el adjetivo consuetudinario para los casos clásicos de mucha frecuencia y largo tiempo.

24. — El *derecho espontáneo* —al igual que el consuetudinario— puede ser enfocado desde el triple ángulo de la costumbre *secundum legem, praeter legem,* y *contra legem.*

La primera se da cuando la norma escrita *remite* a ella; la segunda, cuando la costumbre viene a *cubrir* o *completar* la insuficiencia o inexistencia de normas escritas; la tercera, cuando la costumbre es *violatoria* de la norma escrita.

Aplicando el esquema al derecho constitucional, vemos fundamentalmente al derecho espontáneo o consuetudinario en un doble posible funcionamiento: a) *sin oponerse* a la constitución, en cuyo caso puede proporcionar vigencias constitucionales que completan, rellenan y exceden a la constitución formal; b) *contrariando* a la constitución.

En este último caso, la *ejemplaridad* de las conductas *infractorias*, al adquirir *vigencia sociológica, priva de vigencia sociológica* a la constitución *formal* en la parte violada.

Con nuestra terminología decimos que el derecho espontáneo o consuetudinario puede crear derecho constitucional material en oposición al formal, destituyendo a este último de vigencia sociológica, pero sin validez.

25. — En nuestro derecho constitucional hay numerosos ejemplos de esta fuente material del derecho espontáneo. Así, de conductas ejemplarizadas captamos la existencia de normas no escritas de derecho espontáneo, como las siguientes: a) cuando el congreso declara la necesidad de la reforma constitucional trabaja con cada una de sus cámaras reunidas separadamente (pero podría ejemplarizar la conducta de hacerlo con ambas reunidas en asamblea); b) en la misma ocasión, el acto declarativo toma forma de ley (sin ser en su esencia función legislativa); c) el quórum de dos tercios de votos favorables se computa sobre la totalidad de los miembros de cada cámara por separado; d) la convención especial que toma a su cargo la reforma se compone de miembros elegidos por el cuerpo electoral. Todo ello es derecho espontáneo en torno del art. 30 de la constitución.

Fuera de él, podemos mencionar como normas no escritas: a) la que establece que el congreso cumple sus funciones dictando leyes, aunque muchas de esas funciones no tengan naturaleza legislativa; b) la que establece que no se convoca a nuevas elecciones para designar vicepresidente cuando la vicepresidencia queda vacante por sucesión presidencial del vicepresidente; c) la que entre 1928 y 1958 establece que se elige nuevo vicepresidente cuando la vicepresidencia queda vacante por causas distintas a la asunción del poder ejecutivo por el vicepresidente; d) la mayor parte de las vigentes en períodos de facto (disolución del congreso, ejercicio de sus facultades por el presidente de facto, destitución de jueces por el presidente de facto, etc.).

Por *uso contrario* o por *desuso,* normas de la constitución escrita no tuvieron o no tienen vigencia sociológica; hasta la reforma de 1994, no la tuvo la que exigía permiso del congreso para que el presidente de la república saliera de la capital federal (esta norma se eliminó del texto en 1994); siguen sin tener vigencia sociológica las normas que fijan una renta anual para ser presidente, vicepresidente y senador, y las que prevén el juicio por jurados.

Hemos asimismo de prestar atención a otro fenómeno que tiene su origen en el derecho no escrito (espontáneo o consuetudinario). Se produce cuando, sin que claramente pueda sostenerse que una conducta ejemplarizada viola una norma de la constitución escrita, le imprime mediante la llamada *mutación por interpretación* (ver Cap. II, nº 38 c) una modalidad en su funcionamiento que no surge directamente de la misma norma.

Un ejemplo —ya citado— es el ejercicio de todas las competencias del congreso mediante el dictado de leyes, aunque el contenido de los actos no siempre sea legislativo en sentido material; otro, hasta la reforma de 1994, la intervención federal a una provincia tanto por decreto del poder ejecutivo, como por el congreso.

26. — Debe quedar bien aclarado que cuando el derecho espontáneo opuesto a la constitución formal priva a ésta de vigencia sociológica en la parte respectiva, la norma de la constitución for-mal subsiste en el orden normológico y mantiene su capacidad de recuperar vigencia sociológica, no bien se desplace la ejemplaridad de la conducta infractoria. Es decir que no queda "derogada" ni su-primida.

El *poder judicial,* cuando interviene con declaraciones de inconstituciona-lidad, es un instrumento para impedir que las violaciones a la constitución for-mal adquieran ejemplaridad y, por ende, para impedir que decaiga la vigen-cia sociológica de la misma constitución. Puede también, en un momento dado, lograr que esa vigencia sociológica extraviada se recobre.

El derecho judicial

27. — El *derecho judicial* funciona como fuente a través de un proceso similar al del derecho espontáneo. La diferencia radica en que la conducta es cumplida por uno o varios hombres que administran justicia —o sea, que en el orden de normas visualizamos como órganos del poder judicial *(jueces).* Esa conducta es la que lleva a cabo el juez al resolver una causa. La norma individual que describe el reparto del caso es la *sentencia.*

La conducta de reparto cumplida al sentenciar una causa puede actuar como modelo, provocar seguimiento, ejemplarizarse, y servir de precedente para resolver en el futuro casos semejantes en igual sentido. Con ello, la sentencia se proyecta más allá del caso y *se generaliza espontáneamente por imitación.* La norma individual se generaliza.

El derecho judicial nos obliga a preguntarnos si sus normas están o no formuladas expresamente por escrito. Las sentencias como normas individuales tienen esa forma de constancia. Pero la norma general que extraemos por proyección de la sentencia ejemplarizada, no está escrita como tal norma general.

28. — La creación de derecho constitucional material por vía de fuente judicial cuenta con un factor decisivo: el *control judicial de constitucionalidad,* sobre todo cuando está a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Observamos que sus sentencias: a) obtienen seguimiento habitual por el propio tribunal, que reitera sus precedentes; b) obtienen similar seguimiento por parte de tribunales inferiores; c) originan muchas veces la reforma o derogación de normas que la Corte declaró inconstitucionales; d) sirven de pauta a normas futuras del derecho escrito.

Nuestro derecho constitucional ofrece multiplicidad de normas del derecho judicial. Rastreando solamente algunas, citamos: a) la que establece que las llamadas cuestiones políticas no son judiciables por los tribunales; b) la que establece que la actividad jurisdiccional de la administración pública requiere ulterior control judicial suficiente; c) la que establece que la doble instancia no es requisito constitucional del debido proceso o de la defensa en juicio; d) la que establece que los jueces tienen que calificar judicialmente la huelga cuando resuelven litigios laborales derivados de una huelga; e) la que establece que los actos y las medidas en ejecución del estado de sitio, que inciden en derechos y libertades están sujetos a control judicial de razonabilidad, etc. Buena parte del derecho espontáneo en materia de doctrina de facto ha recibido también consagración por parte del derecho judicial.

Aparte de estas normas judiciales proponemos solamente tres contenidos fundamentales de nuestro derecho constitucional material surgidos del derecho judicial elaborado por la Corte: a) la creación jurisprudencial del amparo, desde 1957 hasta la legislación de 1966 y1967; b) la elaboración de los contenidos del derecho de propiedad en sentido constitucional; c) la elaboración de la doctrina sobre arbitrariedad de las sentencias.

29. — No nos debe sorprender que el derecho judicial cambie, a veces diametralmente, o con frecuencia, y sustituya una interpretación jurisprudencial por otra, a partir de una sentencia que se ejemplariza.

Esta movilidad no obsta a decir que mientras una norma de él mantiene su vigencia sociológica, ése es el derecho judicial *vigente.* Lo que ocurre es que tal vigencia puede perderse o sustituirse cuando se opera un sesgo distinto en el derecho judicial, provocado por la ejemplarización de sentencias posteriores que generalizan una interpretación diferente.

También aparece el mismo fenómeno en el derecho espontáneo, y en el derecho legislado; en éste, una ley puede, de un momento para otro, modificar o suplantar al derecho escrito anterior.

Las fuentes en relación con la validez y la vigencia

30. — Conviene puntualizar primero algunas acepciones de las palabras *validez* y *vigencia.*

En tanto del *valor* como deber ser ideal predicamos la "valencia" (el valor *vale*), del derecho positivo se puede predicar la "validez".

La *validez* como cualidad posible del derecho positivo proviene de su ajuste o conformidad a los valores jurídicos puros, especialmente al valor justicia. El derecho positivo justo goza de validez, en tanto el derecho positivo injusto (que sigue siendo derecho), es inválido, o carece de validez, aunque tenga vigencia sociológica.

Cuando la constitución es justa, la validez del derecho infraconstitucional se tiene por cierta si se adecua a la constitución, pues a través de ésta viene a realizar el valor justicia.

31. — A la *vigencia* la podemos desdoblar para hablar de: a) una vigencia *normológica;* b) una vigencia *sociológica.* Normalmente, cuando se emplea el término vigencia sin calificativo alguno, se suele aludir a la vigencia sociológica.

a) La vigencia *normológica* es la de las *normas* (u orden normativo), y consiste en que una norma sea "puesta" en el mundo jurídico, y permanezca en él sin un acto formal de derogación, abrogación, eliminación o supresión.

b) La vigencia *sociológica* se da en la *dimensión sociológica* del mundo jurídico, y requiere la conducta ejemplarizada y la norma descriptiva (escrita o no escrita) con funcionamiento y eficacia.

La interrelación de vigencia y validez

32. — El problema de la vigencia sociológica se conecta con el de la *validez* del derecho. No todo derecho que posee vigencia sociológica es válido. En el derecho constitucional argentino decimos que, además de la vigencia sociológica que lo hace ser derecho *positivo*, hace falta: a) conformidad con la constitución escrita y, a través de ella; b) concordancia con los valores jurídicos, especialmente con el valor justicia.

a) El derecho contrario a la constitución formal que, pese a esa oposición, tiene vigencia sociológica, quita dicha vigencia a la constitución formal en la parte infringida.

La pérdida de vigencia sociológica —total o parcial— de la constitución formal, apareja la pérdida de la validez. Ello es claro si partimos de la idea de que la validez es una cualidad del derecho positivo, y si por falta de vigencia sociológica el derecho positivo deja de ser "positivo", desaparece el sustrato jurídico (apoyo) de la validez.

Esto no impide que las normas de la constitución que pierden vigencia sociológica, y con ella su validez como derecho positivo, puedan recobrar aquella vigencia cuando empiecen a funcionar. Esto es posible porque siempre mantienen la aptitud para ser aplicadas, y porque siguen "puestas" en el texto constitucional (u orden normológico).

b) ¿Se puede admitir la validez del derecho que ha cobrado vigencia sociológica en contra de la constitución formal? Cabe decir que se "convalida" o adquiere validez si concurren todas las siguientes condiciones: a) imposibilidad de alegar la infracción, o resultado inexitoso del alegato producido; b) justicia material intrínseca del derecho engendrado; c) ejemplaridad generalizada del mismo. A esta formulación corresponde nuestro principio sobre la llamada "norma de habilitación".

c) La "convalidación" a que nos referimos en el inciso anterior no impide que, en un momento dado, la infracción originaria que privó de vigencia sociológica y de validez a la parte conculcada de la constitución formal, sea descalificada como inconstitucional mediante el control de constitucionalidad, y que de ahí en más se restaure la vigencia sociológica y la validez de la constitución formal en la parte que había quedado desplazada.

d) Cuando con el afán de priorizar y dejar inmune al derecho escrito se dice que la "costumbre contra legem" (derecho consuetudinario o espontáneo) *no "deroga" a la constitución escrita*, lo que en realidad se está expresando es que, a pesar de privarla de vigencia sociológica, deja "puestas" e intactas a las normas transgredidas dentro del orden normológico; o sea, permanecen en la "letra" de la constitución con vigencia normológica.

Además, siempre podrá acusarse, en principio, como inválido —aunque vigente sociológicamente— al derecho surgido en oposición a la constitución.

El derecho internacional público

33. — El *derecho internacional público* se divide en *contractual* (o sea, derivado de tratados y convenciones) y *no contractual* (o sea, consuetudinario, al que se suele llamar "derecho de gentes"). La relación entre derecho internacional y derecho interno en orden al tema de las fuentes da lugar a dos posturas fundamentales: el *monismo* y el *dualismo*.

Monismo y dualismo procuran explicar el modo de penetración o incorporación del derecho internacional en el derecho interno. Por eso decimos que se trata de un problema referido a las *fuentes*. La cuestión de la jerarquía entre derecho internacional y derecho interno aparece en segundo término.

Primero hay que resolver cómo se incorpora el primero al segundo, y luego, qué lugar ocupa en el derecho interno el derecho internacional incorporado.

El *monismo* afirma que entre derecho internacional y derecho interno existe *unidad* de orden jurídico y, por ende, *unidad en el sistema de fuentes*. Las fuentes del derecho internacional son automáticamente y por sí mismas fuentes del derecho interno, con lo cual el derecho internacional penetra y se incorpora directamente en el derecho interno.

El *dualismo* afirma que hay *dualidad* de órdenes jurídicos, e *incomunicación* entre ambos. Cada uno posee su *propio sistema de fuentes*, con lo que las fuentes del derecho internacional no funcionan directamente como fuentes del derecho interno. Para que se opere la incorporación del primero al segundo, hace falta que una fuente interna dé recepción al derecho internacional. La fuente de derecho interno hace de colador o filtro para dejar pasar al derecho internacional, y en ese tránsito produce la *novación* o conversión del derecho internacional en derecho interno.

En materia de derecho internacional *consuetudinario*, no hay mayor inconveniente por parte de los estados en aceptar el *monismo*. En cambio, en materia de derecho internacional *contractual*, el *dualismo* sigue jugando una influencia muy marcada.

34. — Nuestra constitución se ocupa de los tratados en numerosos artículos (27, 31, 43, 75 incisos 22, 23 y 24, 99 inc. 11, 116). Al derecho internacional consuetudinario no hace referencia, salvo la mención marginal del *derecho de gentes* en el art. 118; pero hay leyes que aluden a él: ya la ley 48 estableció que la Corte Suprema debía proceder en las causas de su competencia originaria concernientes a embajadores, etc., de acuerdo al derecho de gentes. El decreto ley 1285/58 ha repetido el principio para las mismas causas, en las que la Corte interviene "del modo que una Corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes". Y para corroborar que nuestro país no descarta el derecho internacional consuetudinario, observamos que el art. 21 de la ley 48, al enunciar las normas que deben aplicar los jueces y tribunales federales, cita separadamente a los "tratados internacionales" y a los "principios del derecho de gentes", remitiendo con esta última terminología al derecho internacional no contractual o consuetudinario.

35. — En el mecanismo clásico de celebración de los tratados ha-llamos diversas etapas, que nuestro derecho constitucional regula:

a) la *negociación,* a cargo del *poder ejecutivo;*

b) la *firma,* también a cargo del *poder ejecutivo;*

c) la *aprobación del tratado por el congreso* (si en vez de aprobación hay rechazo, el proceso no sigue adelante);

d) la *ratificación* del tratado en sede internacional, a cargo del *poder ejecutivo.*

36. — La *vigencia* del tratado en el orden internacional arranca normalmente de la *ratificación.* La ratificación es un acto de declaración de voluntad de los estados ratificantes, en el sentido de tener al tratado como de cumplimiento obligatorio.

37. — En la constitución argentina debemos interpretar si su solución es monista o dualista.

El monismo dice que, cumplida la ratificación, el tratado *queda incorporado automática y directamente* al derecho interno argentino. El dualismo, en cambio, afirma que *después de la ratificación hace falta una ley del congreso* que dé recepción al tratado y que lo incorpore al derecho interno, donde adquiere calidad de ley (o sea, pierde la de tratado).

Para el dualismo, el congreso protagonizaría *dos* intervenciones: una al aprobar el tratado antes de su ratificación; otra, después de ratificado, para incorporarlo al derecho interno.

Hay razones para reconocer que nuestra constitución es *monista.* Por un lado, ella no establece en ninguna parte que haga falta una ley de recepción después de la ratificación del tratado. Por otra parte, el art. 31 brinda un buen argumento: en su orden de prelación se cita a la propia constitución, a las leyes del congreso, y a los "tratados"; la mención separada de los "tratados" y de las "leyes" significa que los tratados *ingresan al derecho interno como tratados,* o sea sin perder su naturaleza y sin necesidad de una ley de incorporación; si fuera menester dicha ley, sería redundante citar a los tratados separadamente de las leyes, puesto que la ley de recepción o incorporación los convertiría en "ley", y los dejaría com-prendidos y subsumidos en la mención de las "leyes" del congreso.

Observamos, por fin, que el art. 116 vuelve a citar a los tratados separadamente de las leyes.

38. — La solución monista no queda perturbada ni desmentida cuando se encara el caso de tratados que *no son autoejecutorios u operativos.*

Un tratado puede ser operativo o ser programático. Depende de la formu-lación de sus normas. Ejemplo de tratado operativo (self-executing) sería el que dispusiera: "los estados partes *establecen* que la jornada de trabajo en las minas *no excederá* de cinco horas". Ejemplo de tratado programático sería el que dispusiera: "los estados partes *se comprometen a adoptar medidas* en su derecho interno *para reducir* a cinco horas la jornada de trabajo en las minas".

El primer tratado fija directamente el horario laboral, y se vuelve automáti-ca y directamente aplicativo en el derecho interno. El segundo no, porque sola-mente consigna una obligación de los estados-parte para limitar ese horario, lo cual torna necesario que adopten medidas al respecto en su derecho interno.

Que el tratado programático requiera de ley para que se cumplan sus previsiones en el derecho interno sólo significa que no es operativo, y que demanda su complementación normativa. De ningún modo significa que la ley interna "reglamentaria" sea una "fuente interna de recepción" del tratado.

39. — En el caso "Merck Química Argentina c/Gobierno Nacional", fallado en 1948, nuestra Corte Suprema sostuvo que *monismo* significa *supremacía del derecho internacional* sobre la constitución, y *dualismo, supremacía de la constitución* sobre el derecho internacional. Tal criterio definitorio, seguido por algunos internacionalistas, no es el que nosotros hemos acogido; monismo y dualismo no se enredan en torno de un problema de supremacía, sino de unidad o dualidad de orden jurídico y de los *sistemas de fuentes.*

Hecha la distinción por la Corte, el tribunal siguió diciendo que en tiempos de *paz* nuestro estado es *dualista*, porque impone la supremacía de la constitución por encima de los tratados, pero que en tiempos de *guerra* nuestro estado es *monista,* porque coloca a los tratados por encima de la constitución.

El enfoque de la Corte, adoptando una solución para época de paz y otra para época bélica, deriva de suponer que estando prevista la guerra en nuestra constitución, está también habilitado el derecho internacional de guerra con todas sus soluciones, y marginada la aplicación de la constitución en las partes que se opongan o no coincidan con el derecho internacional de guerra.

40. — Una indagación útil en el actual derecho judicial de la Corte Suprema la proporcionó la sentencia dictada el 7 de julio de 1992 en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich", en el que se disputaba el derecho de réplica previsto en un tratado internacional (art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica). La tesis que extraemos del fallo favorece y acoge el *monismo,* en cuanto da por incorporado el tratado a nuestro orden interno después de cumplidas las etapas para su formación.

Dijo la Corte que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su *ratificación internacional*, es orgánicamente *federal* y es "ley suprema de la nación", con lo que, a nuestro juicio, dio por cierto que para ingresar al derecho interno no hace falta que después de la ratificación internacional por el poder ejecutivo se dicte una ley.

Es más, en el caso citado la Corte sostuvo que el mentado art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica es *operativo.*

41. — Es muy importante adelantar un tema posterior que trataremos al abordar la relación del derecho internacional con la constitución. En el *derecho internacional* rige el principio básico de su *prelación sobre todo el derecho interno,* y aunque ello hace referencia a la supremacía y no a las fuentes, hay que tenerlo en cuenta, porque si nuestra constitución presta recepción a la fuente de derecho internacional, lo lógico y coherente sería, a nuestro criterio, que en orden a la supremacía lo hiciera asumiendo la prioridad, cosa que no acontece, como lo veremos después (cap. V, nº 17).

Las fuentes históricas

42. — Podemos dividir las fuentes *históricas* en tres clases: a) *fuentes ideológicas o doctrinarias,* que son el conjunto de ideas, doctrinas y creencias que gravitó sobre el constituyente para componer el complejo cultural de la constitución; b) *fuentes normativas* (o del derecho constitucional escrito), que son los textos y las normas previos a 1853-1860 que sirvieron de inspiración y antecedente al articulado de la constitución; c) *fuentes instrumentales,* que apuntan al proceso político-jurídico que condujo al establecimiento de la constitución, y que dan noticia de cómo, por qué, y cuándo, se incorporan a ella sus contenidos fundamentales.

La ideología, los principios fundamentales, las normas, los contenidos de la constitución, tienen —como la constitución toda— una *génesis histórica.* Han surgido de alguna parte, y han entrado de algún modo en la constitución. Tal es el tema de las *fuentes históricas,* que nos lleva al hontanar donde el constituyente se inspiró, y a los cauces que utilizó para plasmar positivamente, desde y con esas fuentes históricas, nuestra constitución.

En primer término, cabe señalar que pese a las influencias recibidas desde afuera —o sea, a las fuentes extranjeras—, la constitución asume una solución propia, que *no es copia ni adopción automática de modelos foráneos,* sino en todo caso una imitación que acomoda lo extraño a lo vernáculo.

Por una parte, la base ideológica e institucional *española* con que se maneja la Revolución de Mayo permanece como fermento que conduce en 1853 a la organización constitucional. Por otro lado, la emancipación acuña desde 1810 algunas pautas fundamentales que componen el *ideario de Mayo.*

Desde Estados Unidos de Norteamérica nos llega el rol de ejemplaridad de su constitución de 1787. La *república* y el *federalismo* nos sirven de inspiración, pero se institucionalizan en forma autóctona.

Los ensayos constitucionales desde 1810 hasta la constitución de 1826 —cuya cita no nos incumbe ahora— hicieron también su aporte, cuajando en el proyecto elaborado por *Alberdi* en las "Bases". Ideológicamente, es factor de primer orden el pensamiento de la *generación* de 1837 expresado en las palabras simbólicas del Dogma Socialista, y el *ideario oriental* formulado principalmente por *Artigas.*

43. — El proceso constitucional argentino que confluye a la constitución de 1853 se compone a través de la interinfluencia del *medio,* del *hombre* y de la *ideología.*

a) En el *medio* (influencia mesológica) ubicamos a las ciudades, a las provincias y a Buenos Aires. Las *ciudades* dan origen a zonas que, con el tiempo, demarcarán las jurisdicciones provinciales. Y las *provincias* librarán su lucha por su existencia y supervivencia política, para asegurar su personalidad histórica en un sistema federal. *Buenos Aires,* por fin, actuará como polo centralizador y unificante, para atraer como por un plano inclinado, hacia la unidad de un solo estado, a las catorce provincias mesológicamente susceptibles de entrar en su radio de acción.

b) Estas influencias del medio se intercalarán con las del *hombre.* El hombre dará a la vida, a las ideas, a las costumbres de cada provincia, un estilo sociológico y cultural propio, que será la razón de ser de las autonomías locales. El hombre será el pueblo, serán los caudillos, será Artigas.

c) Del hombre situado en el medio surgirá la *ideología.* Sin la fuerza ideológica, el medio y el hombre hubieran sido estériles, no hubieran llegado por sí solos a la coyuntura constitucional de 1853. La ideología de emancipación, de democracia, de gobierno republicano, de federalismo, germinó en una estructura constitucional pensada y creada por el hombre en un medio físico y geográfico.

La disposición e interinfluencia de los elementos humanos, ideológicos y mesológicos fue lograda por los *pactos interprovinciales.* El proceso pactista o contractual fue el *cauce* a través del cual se preparó e instrumentó la organización constitucional de las provincias que tuvieron a Buenos Aires como foco territorial y vínculo físico de integración.

El primer antecedente de los pactos preexistentes con gravitación importante es la Convención de la Provincia Oriental del Uruguay, celebrada el 19 de abril de 1813 entre Artigas y Rondeau. Podemos mencionar luego el Tratado del Pilar, la Liga de Avalos, el pacto de Benegas, el Tratado del Cuadrilátero y el pacto Federal de 1827. En relación más inmediata con la constitución hallamos en 1831 el *Pacto Federal,* y en 1852 el *Acuerdo de San Nicolás.* Un último pacto, el de *San José de Flores* de 1859, facilitará el ingreso de Buenos Aires a la federación.

CAPÍTULO II

LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN

I. LOS TIPOS Y LA CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES. - Los tres tipos puros. - Las clases de constitución. - II. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL ARGENTINA. - Su caracterización general. - El preámbulo. - El orden normativo de la constitución formal. *Normas "operativas" y "programáticas". Normas que no son susceptibles de reglamentación.* - III. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994. - ¿Es una "nueva" constitución? - El techo ideológico. - La vigencia normológica de las normas no reformadas. - ¿Las leyes complementarias sólo pueden dictarse una vez? - La rigidez. - Las cláusulas transitorias. - IV. LA DINÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN. - La constitución en la movilidad del régimen político. *El reflejo de las normas de la constitución formal en la constitución material.* - Las mutaciones constitucionales.

I. LOS TIPOS Y LA CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

Los tres tipos puros

1. — Para comprender la tipología de nuestra constitución, necesitamos hacer previamente un breve esquema de los tipos y las clases de constitución que manejan la doctrina y el derecho comparado.

Encontramos un tipo *racional-normativo,* cuya caracterización puede lograrse de la siguiente forma:

a) define a la constitución como conjunto de *normas,* fundamentalmente *escritas,* y reunidas en un cuerpo *codificado;*

b) piensa y elabora a la constitución como una *planificación racional,* o sea, suponiendo que la *razón* humana es capaz de ordenar constitucionalmente a la comunidad y al estado;

c) profesa la creencia en la *fuerza estructurada de la ley,* es decir, en que las normas son el principio ordenador del régimen constitucional y de que tienen en sí mismas, y en su pura fuerza normativa, la eficacia para conseguir que la realidad sea tal como las normas la describen;

d) la constitución es un esquema racional de organización, un plan o programa formulado con pretensión de *subsumir* toda la dinámica del régimen político en las previsiones normativas.

El tipo racional-normativo propende a obtener: racionalidad, seguridad, estabilidad. Tales efectos se consideran el resultado de la planificación predeterminada en las normas.

El tipo racional-normativo se supone apto para servir con *validez general* a todos los estados y para todos los tiempos. Históricamente, responde a la época del constitucionalismo *moderno o clásico,* iniciado a fines del siglo XVIII.

El tipo racional-normativo apunta fundamentalmente a la constitución *formal.*

2. — El tipo *historicista,* en oposición al racional normativo, responde a la idea de que cada constitución es el producto de una cierta *tradición* en una sociedad determinada, que se prolonga desde el pasado y se consolida hasta y en el presente. Cada comunidad, cada estado, tiene "su" constitución así surgida y formada. La constitución no se elabora ni se escribe racionalmente, la constitución es algo propio y singular de cada régimen. Por eso descarta la generalidad y la racionalidad del tipo racional-normativo, para quedarse con lo individual, lo particular, lo concreto.

3. — El tipo *sociológico* contempla la dimensión sociológica *presente.* Diríamos que enfoca a la constitución material tal cual funciona "hoy" en cada sociedad, como derecho con vigencia actual, en presente. No le preocupa que la vigencia sociológica provenga o no de una línea precedente de tradición histórica, o que sea reciente.

Así como el tipo historicista pone el acento en la *legitimidad* de la constitución a través del tiempo y del pasado, el sociológico encara la *vigencia sociológica* de la constitución material presente.

4. — Se puede decir que el tipo historicista y el tipo sociológico se apartan (total o parcialmente) de la planificación racional y abstracta, porque ven a la constitución como un producto del medio social, o sea, como *constitución material.*

Las clases de constitución

5. — Entre las *clases de constitución* involucramos:

a) la *escrita, formal o codificada,* que se caracteriza por la reunión sistemática de las normas expresamente formuladas en un cuerpo unitario;

b) la *no escrita o dispersa,* que carece de dicha unidad, y puede ser: b') totalmente no escrita; b") parcialmente no escrita, y parcialmente escrita en normas dispersas; b''') totalmente escrita en normas dispersas. El tipo más frecuente de constitución no escrita es el mencionado en el subinciso b");

c) la constitución *formal,* definida en el inc. a) por la forma externa de la codificación normativa;

d) la constitución *material,* que es la vigente y real en la dimensión sociológica del tiempo presente, como modo de estructura y ordenación de un régimen;

e) la constitución *rígida* es la que, surgida de un poder constituyente formal, no se puede modificar sino mediante *procedimientos diferentes* a los de la legislación común; la rigidez puede consistir fundamentalmente en que: e') debe seguirse un *procedimiento especial* a cargo de un *órgano también especial* que hace la reforma; o sea que procedimiento y órgano reformatorios difieren de los legislativos comunes; a este tipo de rigidez se le llama orgánico; e") basta seguir un *procedimiento especial* a cargo del *mismo órgano legislativo* (parlamento o congreso); o sea que el procedimiento es distinto al de la legislación común, pero el órgano es el mismo; a este tipo de rigidez más benigno se lo denomina rigidez por *procedimiento agravado,* o rigidez formal;

f) la constitución *flexible* es la que admite su enmienda mediante el mismo mecanismo empleado para la legislación común; por eso, en las constituciones flexibles o elásticas suele decirse que falta la distinción entre poder constituyente y poder constituido, porque el poder legislativo está habilitado para modificar la constitución como si fuera una ley común. Sin embargo, los demás órganos de poder distintos del legislativo carecen de esa competencia, por lo que cabe decir que quedan subordinados a la constitución y que, respecto de ellos, ésta no es flexible;

g) la constitución se considera *pétrea* si además de ser escrita y rígida se declara *irreformable;* no parece posible hablar de una constitución totalmente pétrea, debiendo reservarse el concepto para *algunos contenidos* de la constitución que no son susceptibles de reforma, o de alteración, o de supresión. Sin embargo, sería viable reputar a una constitución íntegramente pétrea durante los *períodos de tiempo* en que su reforma está prohibida. Los contenidos pétreos pueden estar expresamente establecidos, o surgir implícitamente;

h) la constitución es *otorgada* cuando un órgano estatal la concede o establece unilateralmente;

i) la constitución es *pactada* cuando deriva de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad, o un sector de ella;

j) la constitución es *impuesta* cuando se la supone emanada del poder constituyente radicado en el pueblo, y surgida de un mecanismo formal en ejercicio del mismo poder.

II. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL ARGENTINA

Su caracterización general

6. — La constitución argentina de 1853 —a la que llamamos constitución *histórica* o *fundacional*— es *escrita* o *codificada,* por lo que corresponde a la categoría de *constitución formal.*

Surgió en *1853* de un acto constituyente *originario* y se completó con otro de igual naturaleza en *1860,* al integrarse la provincia de Buenos Aires a la federación que, en la primera fecha, se formó solamente con trece. Es, entonces, una *constitución nueva u originaria,* que dio nacimiento a la República Argentina.

Tomó del tipo *racional-normativo* la pretensión de planificar hacia el futuro nuestro régimen político, pero el constituyente no la elaboró con puras abstracciones mentales ni con un racionalismo apriorístico, sino todo lo contrario. Tuvo un sentido realista de compromiso con todos los elementos de la estructura social de su época: cultura, religión, tradición, ideologías, creencias, factores geográficos y mesológicos, etc.

Es importante y necesario hacer historia política y constitucional de todo el proceso que desembocó en la constitución de 1853-1860 para comprender cuál ha sido su “por qué” y su “razón histórica” y, con ello, dar por cierto que constituir un nuevo estado estuvo muy lejos de crearlo de la nada y de prescindir de su génesis.

7. — La constitución argentina amalgama también —por eso— algunos caracteres del tipo *tradicional-historicista,* porque plasmó contenidos que ya estaban afincados en la comunidad social que la preexistía, y los legitimó a título de la continuidad y permanencia que acusaban en la estructura social. De todo un repertorio de ideas, principios y realidades que la tradición histórica prolongaba —por lo menos desde 1810—, nuestra constitución consolidó implícitamente determinados contenidos a los que atribuimos carácter *pétreo.*

Decir que hay contenidos pétreos en nuestra constitución significa afirmar que mientras se mantenga la fisonomía de nuestra comunidad y mientras la estructura social subyacente siga siendo fundamentalmente la misma, dichos contenidos no podrán ser válidamente alterados o abolidos por ninguna reforma constitucional. Podrán, acaso, ser objeto de modificación y reforma, pero no de destrucción o supresión.

Entre los contenidos pétreos citamos: a) la *democracia como forma de estado,* basada en el respeto y reconocimiento de la dignidad del hombre, de su libertad y de sus derechos; b) *el federalismo como forma de estado,* que descentraliza al poder con base territorial; c) *la forma republicana de gobierno,* como opuesta a la monarquía; d) la *confesionalidad del estado,* como reconocimiento de la *Iglesia Católica* en cuanto persona de derecho público.

8. — En la constitución argentina reconocemos también una *ideología* que le infunde un espíritu intangible. *Todo régimen, toda constitución y toda política tienen su ideología,* o si se quiere evitar el término, sus ideales operantes, su idea de derecho, su filosofía política o su techo

ideológico. Creencias, principios, pautas fundamentales que significan una toma de posición valorativa, forman un sistema ideológico que vertebra, inspira y moviliza a toda constitución.

La ideología constitucional se conecta: a) con el *orden del valor en la dimensión dikelógica,* ya que la fórmula ideológica que proyecta e inspira los fines del estado toma al valor como orientación desde su deber ser ideal, y hace valoraciones —o sea, juicios de valor—, así como las hace para escoger las soluciones que a dichos fines se encaminan; b) con el *orden de las conductas* (o dimensión sociológica), ya que las ideas, los principios y los valores encarnan y se realizan en el régimen político —o sea, la ideología está organizando al régimen—; c) con el *orden normativo,* en cuanto la constitución formal descri-be las pautas ideológicas, los fines del estado, etc., en la dimensión normoló-gica.

9. — La *reforma de 1994,* con haber impreso a la constitución de 1853-1860 una fisonomía en muchos aspectos distinta a la del texto originario (es más extensa, más abierta en sus normas, más detallista en algunas) no nos hace hablar de una "nueva constitución", porque entendemos que ha mantenido —aunque ampliado— el eje vertebral primitivo de principios, valores, derechos y pautas, sin alterar el contenido esencial originario, no obstante las numerosas enmiendas que le introdujo. Ver nº 27.

El preámbulo

10. — Con referencia a la ideología y a los principios fundamentales de la constitución, debemos traer a colación el *preámbulo.*

El preámbulo contiene y condensa las *decisiones políticas fundamentales,* las pautas del régimen, los fines y objetivos, los valores y principios propugnados, el esquema del plan o programa propuesto por el constituyente.

Si bien la jurisprudencia de nuestra Corte advierte que el preámbulo no puede ser invocado para ensanchar los poderes del estado, ni confiere "per se" poder alguno, ni es fuente de poderes implícitos, no podemos dejar de admitir que suministra un valioso elemento de *interpretación.* La propia Corte ha dicho de algunas de sus cláusulas (por ej., la de "afianzar la justicia") que son *operativas*, y les ha dado aplicación directa en sus sentencias.

11. — El preámbulo no ha de ser tomado como literatura vana, porque *los fines, principios y valores* que enuncia en su proyecto obligan a gobernantes y a gobernados a convertirlos en realidad dentro del régimen político.

Por otra parte, esos mismos fines y valores mantienen permanente *actualidad*, son aptos para *encarnarse* en nuestra sociedad contemporánea, y además gozan de suficiente *consenso* por parte de la misma sociedad. Diríamos, por eso, que goza de legitimidad sociológica.

12. — La primera definición que encontramos en el preámbulo acoge el principio de que *el poder constituyente reside en el pueblo.* "Nos los representantes del *pueblo…*". De inmediato cuando dice "por voluntad y elección de las *provincias…*", reconoce la *preexistencia histórica de las provincias.* Ambas alusiones permiten coincidir en que el sujeto primario de nuestro poder constituyente ha sido el *pueblo "de las provincias"* o, en otros términos, el pueblo diversificado en las unidades políticas provincianas que antecedieron al estado federal.

La mención al "cumplimiento de *pactos preexistentes*" da razón de una fuente instrumental a través de la cual se arribó al acto constituyente.

13. — De inmediato, cuando consigna que la constitución se establece "con el objeto de…", el enunciado abarcador de *seis* fines, bienes o valores, condensa la *ideología* de la constitución y el *proyecto político* que ella estructura: a) unión nacional; b) justicia; c) paz interior; d) defensa común; e) bienestar general; f) libertad.

a) *Constituir la unión nacional* significaba, al tiempo de la constitución, formar la unidad federativa con las provincias preexistentes; o dicho de otro modo, dar nacimiento a un estado (federal) que hasta entonces no existía. Pero ese objetivo inmediato mantiene y recobra su propuesta para el presente, en cuanto se dirige a perfeccionar ahora y siempre el sistema originariamente creado, y a cohesionar la unidad social (que no significa uniformidad opuesta al pluralismo).

b) *Afianzar la justicia* es reconocerla como valor cúspide del mundo jurídico-político. No se trata solamente de la administración de justicia que está a cargo del poder judicial, ni del valor justicia que dicho poder está llamado a realizar. Abarca a la justicia como *valor* que exige de las conductas de gobernantes y gobernados la cualidad de ser justas. La Corte ha dicho que esta cláusula es operativa, y que obliga a todo el gobierno federal.

c) *Consolidar la paz interior* fue también, a la fecha de la constitución, un propósito tendiente a evitar y suprimir las luchas civiles, y a encauzar los disensos dentro del régimen político. Puede haber adversarios, pero no enemigos. Hoy se actualiza significando la recomposición de la unidad social, de la convivencia tranquila, del orden estable, de la reconciliación.

d) *Proveer a la defensa común* no es sólo ni prioritariamente aludir a la defensa bélica. La comprende, pero la excede en mucho. El adjetivo "común" indica que debe defenderse todo lo que hace al conjunto social, lo que es "común" a la comunidad; en primer lugar, defender la propia constitución, y con ella, los derechos personales, los valores de nuestra sociedad, las provincias, la población, el mismo estado democrático, el federalismo.

e) *Promover el bienestar general* es tender al bien común público; la Corte ha dicho que el bienestar general del preámbulo coincide con el bien común de la filosofía clásica. Este bienestar contiene a la prosperidad, al progreso, al desarrollo, con todos sus ingredientes materiales e inmateriales que abastecen la buena convivencia humana social. Es el "estar bien" o "vivir-bien" los hombres en la convivencia compartida en la sociedad políticamente organizada.

f) *Asegurar los beneficios de la libertad* presupone que la libertad es un bien que rinde beneficio. La libertad es un valor primordial, como que define a la esencia del sistema democrático. Exige erradicar el totalitarismo, y respetar la dignidad del hombre como persona, más sus derechos individuales. La libertad forma un circuito con la justicia: sin libertad no hay justicia, y sin justicia no hay libertad.

Por otra parte, todos estos objetivos, que son fines, bienes y valores, se hallan *en reciprocidad:* unos coadyuvan a que se realicen los otros.

14. — Cuando el preámbulo enuncia: "para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino", hemos de interpretar varias cosas: a) una pretensión de *durar* y *permanecer* hacia y en el *futuro;* b) una indicación de que los fines y valores de su proyecto político deben realizarse *ya y ahora,* en cada *presente,* para "nosotros", los que convivimos "hoy", sin perjuicio de su prolongación para los que nos sucedan en el tiempo; el futuro no relega ni amputa al presente; c) una apertura *humanista y universal* de hospitalidad a los extranjeros.

15. — Finalmente viene la invocación a *Dios,* "fuente de toda razón y justicia". Para el constituyente, la medida de lo razonable y de lo justo proviene de Dios; los valores que el preámbulo contiene hunden su raíz última en Dios, Sumo Bien. Nuestro régimen no es ateo ni neutro, sino *teísta.* Y el patrón o standard para el derecho positivo justo es el derecho natural (o valor justicia).

16. — La enunciación de los valores contenidos expresamente en el preámbulo no niega ni desconoce a otros, que podemos considerar incluidos implícitamente, como el *orden,* la *cooperación,* la *solidaridad,* etc.

17. — El preámbulo comparte la *fuerza normativa* de la constitución, y como síntesis que es, no agota el arsenal de pautas, principios y valores que luego se completan en el articulado integral del texto constitucional.

El orden normativo de la constitución formal

18. — La constitución formal es normativa, *es derecho.* Le hemos llamado el "derecho de la constitución". Por ende, en su texto encontramos un conjunto codificado de normas, desde el preámbulo hasta las cláusulas transitorias, pasando por todo el articulado.

19. — Hay doctrina que afirma (por ej., Vanossi) que todas las normas de la constitución son *normas de competencia,* y no sólo las que organizan al poder y prevén los actos de los mismos. En tal sentido, también se

contempla a las normas que declaran derechos y garantías como normas de competencia, en cuanto significan limitaciones o deberes para los órganos de poder (omitir, dar o hacer algo en relación con los titulares de derechos y garantías).

Preferimos, más bien, con independencia de la divisoria tradicional en una parte orgánica y otra dogmática, afirmar que en cualquiera de ambas los principios, los valores y las normas que toman en consideración a la *persona humana,* confieren a ésta la *centralidad* que es fundamento y núcleo de toda la constitución.

Visualizar en la normativa de la constitución, como panorama común a todo su texto, a todas las normas como normas de competencia puede dejar la impresión de que aquella centralidad situada en la persona se esfuma, para resaltar, en cambio, al poder.

20. — Las normas de la constitución pueden ser consideradas asimismo como *indisponibles* o *disponibles.* Las primeras impiden disponer discrecio-nalmente de ellas; como ejemplo, valga las referentes a la formación y composición de los órganos de poder, al deber de respeto de los derechos personales, etc. Las segundas dejan su cumplimiento a discreción de los destinatarios; por ejemplo, las que facultan a establecer impuestos (sin obligación de establecerlos), o la del art. 35 que libra opción para el uso de los nombres oficiales del estado.

En las normas disponibles no hemos de entender que está ausente la *fuerza normativa* que impera su obligatoriedad, porque ésta se advierte en cuanto impiden que las facultades potestativas se ejerzan por un órgano al que no se les ha discernido, o que se transfieran a otro, o que se trabe su uso. Vinculan, además y siempre, en cuanto la disponibilidad no permitir que, al utilizarla, se pueda violar el plexo de principios, valores y derechos.

Normas "operativas" y "programáticas"

21. — La clasificación más atractiva es la que distingue normas *operativas* y normas *programáticas.*

a) Normas *operativas* (o autosuficientes, o autoaplicativas), son las que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma. La operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible.

b) Normas *programáticas* son, como lo indica el adjetivo, las que proponen un programa y, por ende, son incompletas, viéndose requeridas de otra norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar plenamente. Se suele decir que son de aplicación diferida, hasta que aquella norma posterior las complete. Y ello no es así porque, de serlo, se plantea un serio problema en relación con la *supremacía de la constitución.* En efecto: si se dice que una norma programática contenida en la constitución no puede funcionar hasta que los órganos de poder la reglamentan mediante otra norma derivada más precisa, parece que la supremacía de la constitución queda postergada, bloqueada o relegada hasta que el órgano del poder actúa; y si acaso no actúa, la falta de reglamentación de la norma programática enerva aquella misma supremacía.

Tan compleja cuestión nos obliga a decir, sumariamente, que la existencia de las normas programáticas no viola, por sí sola, la supremacía de la constitución. (Por eso, no descartamos el concepto de norma programática como admisible en el derecho constitucional.) Lo que sí aclaramos es que la inactividad de los órganos del poder que omiten reglamentar mediante normas más precisas a las normas programáticas de la constitución, es *inconstitucional por omisión.*

Como principio, *se ha de interpretar que las normas de la constitución que declaran derechos personales fundamentales, son operativas,* y deben ser aplicadas aunque carezcan de reglamentación. Esta pauta fue expuesta por la Corte Suprema al fallar en 1957 el caso "Siri", sobre amparo, en el que deparó la vía procesal sumaria de protección, sin reglamentación legal que la regulara, para tutelar la libertad de expresión a través de la prensa.

22. — El problema más arduo se suscita —por eso— cuando nos preguntamos si antes de su reglamentación las normas programáticas de la constitución que *declaran derechos personales* pueden ser: a) invocadas por los titulares de esos derechos; b) aplicadas por los jueces.

Una primera respuesta negativa afronta así la cuestión: a') los titulares de tales derechos no pueden invocar la norma programática para pretender el reconocimiento o el ejercicio del derecho y, por ende, no tienen acción disponible; b') los jueces no pueden aplicarlas si los titulares invocan sus derechos, porque la división de poderes les impide suplir la ausencia de ley reglamentaria de la norma programática.

A ambas respuestas negativas replicamos en sentido opuesto: a") los titulares de derechos declarados en normas programáticas pueden invocarlos judicialmente, alegando que la omisión de

ley reglamentaria se convierte, después de un lapso razonable, en *omisión inconstitucional* (el congreso, al no dictar la ley reglamentaria, viola la constitución porque frustra el funcionamiento de la norma programática y del derecho que ella contiene); b”) los jueces pueden acoger ese alegato, y declarar que hay inconstitucionalidad por omisión, la que ha de recibir remedio en causa judiciable mediante integración de la carencia de norma legal (laguna legislativa), haciendo aplicación directa de la norma programática constitucional que acusa esa carencia reglamentaria; ello significa que la sentencia ha de crear, “para el caso” a resolver, una norma individual que tome en cuenta a la norma constitucional programática, y que supla la falta de ley reglamentaria a través de la integración del orden legal lagunoso.

La inconstitucionalidad por omisión ha sido recogida en la constitución de la provincia de Río Negro de 1988, que en su art. 207 arbitra soluciones mediante acción judicial.

23. — Es interesante también hacer aplicable una pauta que surge de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España para sostener que cuando una norma de la constitución necesita desarrollo legislativo y éste no ha sido suministrado por el legislador, la norma constitucional tiene —por lo menos y mientras tanto— un *contenido esencial* que siempre es aplicable y siempre debe ser aplicado.

24. — Además, en ese mismo intervalo, las normas programáticas surten los siguientes efectos: a) *impiden que se dicten normas opuestas,* a las que, en todo caso, convierten en inconstitucionales; b) la falta de vigencia sociológica (por desuso o por no reglamentación en tiempo razonable) no les quita la vigencia normológica, cuya subsistencia permite aplicarlas en cualquier momento; c) sirven como pautas de interpretación para aplicar el derecho vigente.

En consecuencia: a’) sería inconstitucional —por ej.— una ley que prohibiera la participación en las ganancias; b’) el congreso puede en cualquier momento dictar la ley de juicio por jurados; c’) un tribunal puede utilizar la norma sobre condiciones dignas y equitativas de trabajo para considerar que hay conducta patronal injuriosa para el trabajador al que se lo obliga a prestar servicios en un lugar pequeño sin ventilación.

25. — Hay cláusulas programáticas que, por su formulación, *dejan plazo* al congreso para que las reglamente; en tanto otras demuestran que el constituyente ha impuesto el *deber de reglamentación inmediata.*

La diferencia se advierte si se coteja la redacción del art. 118 con la del art. 14 bis. El art. 118 dice que los juicios criminales se terminarán por jurados “luego que se establezca en la república esta institución”. La frase permite inferir que la voluntad del constituyente consiente dilatar el funcionamiento del jurado hasta que el congreso lo implante, cuando lo considere oportuno. En cambio, si se lee el art. 14 bis, se observa que los verbos que emplea no dejan margen para que el congreso postergue a su arbitrio la reglamentación que complete sus cláusulas programáticas; en efecto, allí se ordena, con una impera-tividad sin plazo, que las leyes “asegurarán” tales derechos, que la ley “esta-blecerá” tales cosas, que el estado “otorgará” los beneficios de la seguridad so-cial. La demora, en estos supuestos, consuma la *inconstitucionalidad por omisión* legislativa reglamentaria.

Normas que no son susceptibles de reglamentación

26. — Vale comentar que hay normas de la constitución que implícitamente *prohíben su reglamentación* en ciertos aspectos. Así: a) la competencia originaria y exclusiva de la Corte en el art. 116 no puede ser ampliada ni disminuida por ley; b) no se puede añadir requisitos y condiciones a los establecidos taxativamente por la constitución para ejercer funciones cuyo desempeño tiene asignado los recaudos de elegibilidad o designación (presidente y vicepresidente de la república, diputados, senadores, jueces de la Corte); c) los funcionarios pasibles de juicio político no pueden ser ampliados por ley; d) la causal de mal desempeño para el juicio político no admite ser reglamentada por una ley que establezca en qué supuestos se debe tener por configurada; e) la opción para salir del país, que prevé el art. 23, no puede quedar sujeta a normas que establezcan condiciones, plazos, formalidades, etc.

III. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994

¿Es una “nueva” constitución?

27. — Realizada la reforma de la constitución en 1994, se hace conveniente averiguar si ha cambiado la tipología que presentaba antes. Hay diversidad de opiniones al respecto, y con el margen de las dudas que ello suscita, arriesgamos la nuestra propia.

Lo primero que hemos de reiterar es que *no estamos ante una constitución nueva* sino ante una *constitución reformada* (ver nº 9).

El texto que entró a regir el 24 de agosto de 1994 no aclara demasiado el tema, porque a veces alude a esta “reforma” y otras a “esta constitución”, pero no podemos estancarnos solamente en el vocabulario utilizado. Lo que ocurre es que, al ser extensas las enmiendas, el texto ha sufrido a partir de su art. 35 un cambio de numeración en el articulado, y fue el conjunto íntegro lo que, unitariamente, se publicó oficialmente en forma reordenada y se puso en vigor.

En él hallamos:

a) normas *anteriores* que permanecen *intactas;*

b) normas que fueron *modificadas;*

c) normas *nuevas,*

más:

d) *desaparición normológica* de normas que fueron *suprimidas.*

El techo ideológico

28. — Este único complejo normativo no suprimió, ni alteró, ni cambió el techo ideológico originario. Las añadiduras y actualizaciones que innegablemente ha recibido se integran al históricamente primitivo, acentuándole los rasgos del *constitucionalismo social* y conservando su *eje de principios y valores.*

Si acaso se supone que estos agregados componen un nuevo techo ideológico, hay que afirmar que al no haber dos constituciones sino una sola —la reformada— la nueva vertiente se unifica en un único techo ideológico con el heredado de 1853-1860.

La vigencia normológica de las normas no reformadas

29. — Con respecto a las normas del texto anterior a la reforma que, después de ésta, subsisten en su versión originaria, tampoco creemos admisible sostener que han sido “puestas” nuevamente y por segunda vez en la constitución por la convención constituyente que, en 1994, las retuvo incólumes.

El texto “ordenado” de la constitución reformada surgió de la “reordenación” que se le introdujo a raíz de las enmiendas, pero las normas anteriores que no tuvieron enmiendas (porque tampoco la convención recibió competencia para efectuarlas cuando el congreso declaró la necesidad de la reforma por ley 24.309) conservan su vigencia normológica originaria a partir de la fecha en que el respectivo autor las insertó a la constitución (1853, 1860, 1866, 1898, 1957).

¿Las leyes complementarias sólo pueden dictarse una vez?

30. — Ya adelantamos que el texto surgido de la reforma es extenso y con muchas cláusulas abiertas. Que son abiertas significa —en comparación con la constitución histórica— que numerosas normas exigen ser “cerradas” en su desembocadura mediante ley del congreso, porque el constituyente solamente dejó trazado un esquema global que necesita completarse. A veces, hasta han sido escasos los parámetros que las normas constitucionales nuevas proporcionan al legislador.

Por esta fisonomía, algunos autores interpretan que la reforma constitucional quedó inconclusa, lo que deja margen a que las leyes que deben dictarse para darle desarrollo complementario puedan reputarse como *leyes orgánicas,* a tenor de la terminología que explícitamente emplean algunas constituciones extranjeras para calificar a determinados ámbitos de la legislación.

Toda la serie de leyes requeridas por este fenómeno de la textura abierta de la constitución reformada, habilita al congreso para dictarlas más de una vez, o sea, para ir introduciendo innovaciones o reemplazos en la primera legislación reglamentaria posterior a la reforma.

No obstante, a algún sector de la doctrina se le ha creado el interrogante acerca de si la primera ley que reglamenta a cada norma constitucional abierta queda definitivamente impedida de modificaciones o sustituciones ulteriores. Personalmente creemos que no.

La rigidez

31. — Quizá el perfil tipológico que más induce a la duda es el de la rigidez de la constitución.

Después de la reforma ¿sigue siendo rígida nuestra constitución, o no?

El test para la indagación remite a varios aspectos.

a) En primer lugar, la ya aludida textura abierta de las normas nuevas hace decir a algunos que:

a’) a raíz de las leyes reglamentarias que deben completar a las normas de la constitución, el congreso ha recibido “por delegación” una porción de *poder constituyente;* o que:

a”) nos hallamos ante un *poder constituyente compartido* entre la convención de 1994 y el congreso que, después, “cierra” mediante leyes la apertura de las normas constitucionales incompletas.

b) En segundo lugar, se dirige la atención a los *tratados internacionales sobre derechos humanos* aludidos en el art. 75 inc. 22 de la constitución, y se afirma que los que directamente han recibido *jerarquía constitucional* pueden desaparecer de nuestro derecho interno a través del trámite de su denuncia internacional, a tenor del trámite previsto en el citado inc. 22; y que además hay otros que sin estar incluidos en su listado son susceptibles de *alcanzar jerarquía constitucional* después de la reforma mediante el trámite especial allí señalado. Ambos supuestos dan pie en esta interpreta-ción para sostener que órganos del poder constituido (poder ejecu-tivo y congreso) tienen competencia “constituyente” para decidir sobre la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos.

32. — Vamos a responder a estos interrogantes con nuestro punto de vista.

La sensación de que, al menos parcialmente, la rigidez de nuestra constitución según su art. 30 —que no ha tenido cambio alguno en su “letra”— ha sufrido implícitamente desde la reforma de 1994, admite descartarse.

Un argumento a utilizar para ello es el siguiente: el constituyente de 1994 optó por conferir a algunas normas nuevas la ya mencionada textura abierta —o muy abierta— que reclama legislación complementaria. Con ello, hizo *más amplio el poder “consti-tuido” del congreso* para dictar, como competencia suya (no constituyente) todas las leyes necesarias para “cerrar” esas aperturas.

Además, en la medida en que cada una de esas leyes requieran un procedimiento legislativo *agravado* en relación con el resto de la legislación común, se puede pensar que la rigidez de la constitución (en el supuesto de afirmarse la delegación de poder constituyente al congreso, o el carácter compartido de su ejercicio entre el congreso y la convención) se ha debilitado pero no reemplazado lisa y llanamente por la flexibilidad.

En todo caso, proponemos sostener que *se mantiene la rigidez* dispuesta en el art. 30, y se le ha acoplado un procedimiento *menos rígido* a cargo del congreso en todas las cláusulas constitucionales que remiten a leyes a dictarse con quórum agravado o especificado para cada caso.

Si se extremara la duda, la cuestión llevaría a decir que, de haberse perdido la rigidez en algunos ámbitos de la constitución, la eventual flexibilidad sería *parcial* (solamente en esos ámbitos), subsistiendo en el resto la rigidez emanada del art. 30.

Para culminar, preferimos apostar a que el principio de rigidez de nuestra constitución, aunque acaso haya adquirido alguna fisonomía distinta y atenuada, sigue adscripto a su tipología. Dicho negativamente: *la constitución no se ha transformado en flexible.*

33. — En orden a los *tratados de derechos humanos* del art. 75 inc. 22, nuestro criterio se refuerza cuando, con toda seguridad personal, aseveramos que el revestir jerarquía constitucional

no los hace formar parte del texto de la constitución, porque están *fuera* de ella, aunque compartiendo su misma supremacía, situados en lo que denominamos el *bloque de constitucionalidad* (ver cap. I, nº 17).

Las cláusulas transitorias

34. — El texto de la constitución reformada contiene, al final, diecisiete disposiciones o cláusulas transitorias.

Hemos de recalcar que tales cláusulas que, en todo caso, aluden a nociones de temporalidad, forman parte de la constitución y tienen su mismo rango, su misma fuerza, su misma obligatoriedad, su misma vinculatoriedad.

No se hallan en un plano inferior, ni más débil que el resto del articulado. Se advierte bien con la disposición 17, que para nosotros reviste definitividad y permanencia, cuando afirma que el texto ordenado sancionado por la convención reemplaza al anterior.

Por consiguiente, la constitución actual —toda ella *con idéntica jerarquía normativa*— se integra con:

a) el *preámbulo*,

b) *129 artículos* (que son 130 porque subsiste intercalado en su sanción de 1957 el art. 14 bis), y

c) *17 disposiciones* denominadas *"transitorias"*.

III. LA DINÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN

La constitución en la movilidad del régimen político

35. — La dinámica constitucional puede ser enfocada desde dos ángulos: a) en relación con la constitución *material;* b) en relación con la constitución *formal.*

La constitución *material* equivale a un *régimen político*, y régimen denota movilidad y proceso. La vigencia sociológica de la constitución material es la que expresa la actualidad permanente de la misma, que transcurre y se realiza en la *dimensión sociológica;* como jamás le falta al estado una constitución material, y ésta es dinámica, cabe decir que el estado "está siendo" lo que a cada momento "es" en la vigencia de su derecho constitucional material.

La constitución *formal* argentina tiene pretensión de dinamismo, porque encierra la aspiración y la exigencia de adquirir vigencia sociológica en la constitución material, de realizarse, de funcionar. Esto se enlaza con su *futuridad* y su *permanencia*, que explicamos al tratar el preámbulo (ver nº 14). También con la *fuerza normativa* (ver cap. I, nº 18).

Hablar de la dinámica de la constitución, tanto de la formal como de la material, nos reenvía nuevamente a verificar comparativamente en qué medida la constitución formal tiene vigencia sociológica en la material, o no; cuáles son las desfiguraciones, violaciones, o coincidencias, y a través de qué fuentes se producen todos estos fenómenos.

El reflejo de las normas de la constitución formal en la constitución material

36. — Las normas de la constitución formal así vistas en la dimensión sociológica de la *constitución material* brindan un vasto panorama, algunos de cuyos perfiles son los siguientes: a) hay algunas que tienen vigencia sociológica, es decir, que son eficaces y se cumplen o aplican; b) hay otras que pasan por el fenómeno de mutaciones constitucionales, que en seguida analizaremos; c) hay algunas que son programáticas y se hallan bloqueadas por omisión reglamentaria; d) en este supuesto, los derechos que esas normas pueden reconocer suelen quedar sin posibilidad de ejercicio, porque el derecho judicial es renuente a suplir la omisión legislativa.

Cada una de estas situaciones puede ser permanente, o tener una duración transitoria. Lo importante radica en reiterar que, a nuestro juicio, las normas de la constitución formal mantienen su *vigencia normológica* mientras no son objeto de reforma (supresión, sustitución, modificación, etc.) y que, por ende, cualquiera sea el reflejo de que pueden ser objeto en la constitución material, conservan la supremacía que da pie para su aplicación inmediata.

Las mutaciones constitucionales

37. — Para entender las llamadas “mutaciones” como fenómenos de la dinámica constitucional, hay que volver a confrontar la constitución material con la formal. Las mutaciones son *cambios y transformaciones reales que se operan en la constitución material, sin que se produzca modificación alguna en el texto de la constitución formal.* Dicho de otra manera, el orden normativo de la constitución formal permanece intacto mientras la constitución material acusa una transformación respecto de la formal.

Cuando el cambio se incorpora mediante *reforma* a la constitución formal, ya no cabe hablar, a partir del momento de tal reforma, de mutación constitucional, sino precisamente de “reforma” o enmienda.

38. — Las transformaciones mutativas a que nos venimos refiriendo pueden acontecer, en una gruesa tipología, de la siguiente manera:

a) La primera mutación es la *mutación por adición.* En ella, se incorpora o agrega a la constitución material un contenido nuevo que carece de norma previsora en la constitución formal.

Un ejemplo típico lo encontramos en el derecho constitucional argentino con los partidos políticos, sobre los cuales la constitución antes de la reforma de 1994 carecía de norma expresa, y que hallaron recepción en la constitución material por fuente de derecho espontáneo, de ley, y de derecho judicial.

b) La segunda mutación es la *mutación por sustracción*, que presenta el fenómeno inverso al anterior. Se produce cuando normas de la constitución formal que prosiguen incorporadas a ella (o sea, con vigencia normológica), pierden vigencia sociológica, o no llegan a alcanzarla en la constitución material.

Podemos proponer dos ejemplos: b’) entre el Acuerdo con la Santa Sede de 1966 y la reforma de 1994 (que suprimió las normas sobre patronato, pase y admi-sión de órdenes religiosas) dichas normas perdieron vigencia sociológica en virtud del citado Acuerdo; b”) el juicio por jurados nunca adquirió vigencia sociológica porque tampoco el congreso dictó la legislación de desarrollo para aplicarlo.

c) La tercera mutación es la *mutación por interpretación*. En ella, las normas de la constitución formal adquieren un modo de vigencia sociológica que no coincide exactamente con la norma escrita en su formulación expresa.

Un ejemplo encontramos en la distribución de competencias entre el estado federal y las provincias, en materia de derecho procesal; la constitución formal reserva a las provincias la facultad de dictar leyes procesales para sus jurisdicciones respectivas, no obstante lo cual, interpretando las competencias del estado federal en el campo de las relaciones internacionales, los tratados internacionales sobre derecho procesal que ratifica el estado federal en uso de su personalidad internacional, incorporan al derecho interno argentino (con aplicación obligatoria en las jurisdicciones provinciales), normas de derecho procesal que el congreso no podría dictar con ese alcance.

d) La cuarta mutación es la *desconstitucionalización*. Se produce cuando toda la constitución formal, o una parte importante de ella, pierden vigencia sociológica, a raíz de cualquier fuente que la hace decaer al introducir contenidos opuestos.

En el derecho comparado, se cita el caso de la constitución alemana de Weimar, de 1919 que, sin ser reformada ni derogada, fue sustituida por una constitución material divergente durante el régimen nacionalsocialista.

39. — Algunas mutaciones pueden ser *violatorias* de la constitución formal, y otras pueden *no serlo.* Hay que observar, en cada caso, si representan oposición o deformación, respecto de la constitución formal, o si al contrario se ubican en una zona donde la permisión o la interpretación de la constitución formal dejan margen para considerarlas compatibles con ella.

Por último, también resulta de interés, cuando se detectan mutaciones, indagar cuál es la fuente del derecho constitucional que les da origen.

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

I. LA INTERPRETACIÓN. - Algunas pautas preliminares. - La interpretación "de" la constitución y "desde" la constitución. - Qué es interpretar. *Las clases de interpretación.* - II. LA INTEGRACIÓN. - La carencia de normas. *Los mecanismos de integración.* - La relación de confluencia entre integración e interpretación. - La carencia dikelógica de normas y la supremacía de la constitución. *Las leyes injustas.* - III. LAS PAUTAS DE LA INTERPRETACIÓN. - IV. LA INTERPRETACIÓN, Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL. - Sus relaciones.

I. LA INTERPRETACIÓN

Algunas pautas preliminares

1. — Para penetrar en el tema de la interpretación conviene adoptar una previa visión panorámica de la constitución que, entre otras pautas, puede tomar en cuenta las siguientes:

a) la constitución formal es un *conjunto* o *complejo normativo* (unidad sistemática de varias normas) que obliga a *correlacionar* y *coordinar* unas con otras;

b) la *supremacía* de la constitución se proyecta a todo el orden jurídico infraconstitucional y lo subordina a ella;

b') la constitución es —toda ella— *jurídica* (el "*derecho* de la constitución") y tiene fuerza o vigor normativos;

c) la constitución contiene, en su conjunto normativo, *principios* y *valores*, que irradian su proyección a todo el orden jurídico infraconstitucional;

d) las normas de la constitución suelen tener generalidad y apertura como para habilitar *opciones y realizaciones múltiples* en su interpretación y aplicación;

e) la constitución proporciona un *parámetro o canon objetivo*, en virtud del cual toda interpretación, toda aplicación y todo control han de movilizarse dentro de ese marco y no fuera de él; en este sentido, se dice que es indisponible;

f) la constitución es *jurídica*, por lo que su interpretación también es siempre un *operativo jurídico*, aunque deba computar factores extrajurídicos —de tipo histórico, cultural, económico, social, etc.— y aunque deba también prever los efectos que surtirá la misma interpretación;

g) por ser norma jurídica, la constitución tiene *fuerza normativa* que la hace aplicable, exigible y obligatoria;

h) toda norma de la constitución sobre derechos de la persona humana, aunque requiera desarrollo legislativo, tiene como mínimo y mientras la ley de desarrollo no se dicta, un *contenido esencial* que es aplicable siempre;

i) desde la *reforma constitucional de 1994*, todos los *instrumentos internacionales de derechos humanos* que surgen del art. 75 inc. 22 tienen la misma jerarquía de la constitución, y por ende les son aplicables las mismas pautas que hemos enunciado en los incisos a) a h).

La interpretación "de" la constitución y "desde" la constitución

2. — Se puede hacer un desdoblamiento de la interpretación constitucional en: a) interpretación *"de" la constitución;* b) interpretación *"desde" la constitución.*

La interpretación "de" la constitución toma en cuenta las normas de la constitución formal; diríamos que las interpreta en sí mismas, y en su plano.

La interpretación "desde" la constitución desciende hacia abajo, o sea, hacia el plano infraconstitucional. Empieza valiéndose de la interpretación "de" la constitución y, una vez que la ha efectuado, la proyecta a las normas inferiores a la constitución y la utiliza para interpretar, "desde" la constitución, todo el resto del orden jurídico derivado.

Esta noción de una interpretación "de" la constitución, y una interpretación "desde" la constitución se vuelve importante cuando se vincula el tema de la interpretación constitucional con el del *control constitucional.* En efecto, cuando en función de control se averigua si normas inferiores a la constitución están o no de acuerdo con ella, es fácil comprender que en la comparación entre normas infraconstitucionales y normas de la constitución se hace imprescindible —primero— interpretar la o las normas de la constitución y, de ahí en más, desplazarse "desde" la constitución hacia la o las normas inferiores cuya interpretación congruente con la constitución requiere haber transitado antes todo el recorrido que, de modo desdoblado, acabamos de sintetizar.

Qué es interpretar

3. — La *interpretación constitucional* significa la interpretación de las *normas* que componen la constitución formal, así como de las normas que, fuera de ella, tienen naturaleza o contenido constitucional. La interpretación busca desentrañar el sentido de la descripción efectuada por el autor de la norma; ello supone dos cosas: a) que el intérprete retrocede mentalmente al momento de creación de la norma, y a la voluntad creadora en igual momento; b) que el intérprete confronta el sentido que a la norma le asigna la comunidad actual con el sentido que le atribuyó el autor.

La interpretación puede realizarse con un mero fin *especulativo* de *conocimiento,* o con un fin *práctico de aplicación* de las normas. Lo primero hacemos cuando estudiamos. Lo segundo, cuando repartidores estatales o particulares deben dar solución a un caso real o reparto en virtud de las normas de la constitución.

La norma tiene un *autor,* y ese autor tiene una *voluntad* sicofí-sica.

La voluntad es del autor de la norma —hombre— y no de la norma —ente lógico—. Es esa voluntad real o histórica del autor de la norma, la que tiene que desentrañar el intérprete. Y es esa misma voluntad la que debe ser realmente *respetada* cuando el intérprete hace funcionar la norma.

Las clases de interpretación

4. — Se denomina interpretación *literal* la que, valiéndose del método *gramatical,* procura conocer el sentido lingüístico de las palabras que la norma emplea.

Un ejemplo elocuente de interpretación literal con método gramatical hallamos en el art. 75 de la constitución, donde se consigna el verbo "arreglar" en tres oportunidades, y en ocasión de delimitarse las competencias del congreso: arreglar el pago de la deuda, arreglar los correos, y arreglar los límites del estado.

En cada una de estas veces, la palabra "arreglar" nos da la pauta de que hace falta un acuerdo entre partes, y de que no es posible una solución unilateral. El tecnicismo del autor de la constitución salta a la vista, ya que después de usar el verbo "arreglar" para referirse a los límites internacionales, lo cambia y echa mano del verbo "fijar" para referirse a los interprovinciales.

5. — La interpretación literal, con ser útil, impide detenerse en ella. Hay que dar el salto a la *voluntad histórica* del autor de la norma, a fin de descubrir lo que quiso ese autor. Tal es la interpretación *histórica.*

Puede ocurrir que la norma no refleje bien esa voluntad, y que el intérprete se encuentre con una divergencia entre lo que quiso formular el autor de la norma, y lo que realmente formuló. Tal discrepancia entre lo gramatical y lo histórico nos conduce a hablar de norma *infiel;* la infidelidad radica en que la descripción que la norma hace, no coincide con la voluntad del autor. Al contrario, la norma es *fiel* si describe con acierto esa misma voluntad.

Volvemos a repetir que de surgir la discrepancia apuntada, el intérprete debe *preferir la voluntad real e histórica* del autor, a la formulación hecha en la norma; o sea, ha de prevalecer la interpretación *histórica* sobre la literal. Si la norma dice más de lo que quiso describir la voluntad de su autor, la interpretación ha de achicar o encoger la norma, para ajustarla a la voluntad del autor; esto se llama interpretación *restrictiva.* Si la norma dice menos de lo que quiso describir la voluntad de su autor, la interpretación ha de ensanchar la norma, también para acomodarla a la voluntad del autor; esto se llama interpretación *extensiva.*

En tales casos, se advierte que la interpretación histórica toma en cuenta el *fin* propuesto y querido por el autor de la norma; se trata de ensamblar —por eso— la interpretación *finalista.*

Nos parece hallar un ejemplo de interpretación *restrictiva* frente a la norma que impone el refrendo ministerial de los actos del presidente de la república (art. 100); literalmente, interpretaríamos que todos esos actos requieren refrendo; históricamente, en cambio, creemos que la voluntad del autor ha sido eximir de refrendo algunos actos presidenciales personalísimos —por ej.: su renuncia—.

Un caso de interpretación *extensiva* descubriríamos en la norma del art. 73, que impide a los gobernadores de provincia ser miembros del congreso por la provincia de su mando. Es menester ampliar la norma para dar cabida a la voluntad del autor, que suponemos ha sido la de prohibir que un gobernador sea miembro del congreso no sólo por su provincia, sino por cualquier otra.

6. — La Corte Suprema tiene dicho que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente y que en esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiriere”. También afirmó, que “la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la constitución”.

El respeto fiel a la voluntad del autor de las normas no impide la *interpretación dinámica* de la constitución, que también fue querida por su voluntad.

7. — Hasta acá hemos supuesto que hay normas, y que dichas normas tienen formulación expresa —o sea, normalmente, escrita—. Sería el caso de nuestra constitución formal, y de todas las normas de contenido constitucional que están fuera de dicha constitución. Es en este ámbito del derecho escrito donde más se ha trabajado la interpretación. Pero ello no significa que deba descartársela en el derecho *no escrito;* el derecho *espontáneo* y el derecho *judicial,* en el cual hay normas no formuladas expresamente, proporcionan materia a la interpretación, bien que erizando el terreno de mayores dificultades, precisamente porque la falta de formulación expresa de la norma traba el análisis literal y la búsqueda de la voluntad del autor.

II. LA INTEGRACIÓN

La carencia de normas

8. — Hemos de pasar ahora al supuesto en que *no hay norma.* Para ello damos por cierto que en el área de las fuentes formales encontramos vacíos, huecos o lagunas. El orden de normas es *lagunoso.* Ello quiere decir que hay *carencia* de normas, y a tal carencia la calificamos como “histórica”, porque es el autor de las normas quien omitió formular una o varias.

Decir que el orden de normas tiene vacíos o lagunas es muy compatible con la teoría egológica en cuanto ésta admite que es materialmente imposible cubrir la vida humana en su totalidad con normaciones, y que la cantidad de normas positivas está sumamente restringida.

El intérprete debe, entonces, crear una norma con la cual salvar la omisión de norma y rellenar la laguna. Este proceso de fabricación o elaboración de normas que cubren el orden normativo lagunoso se denomina *integración.*

Como siempre es posible integrar el orden normativo, decimos que el mundo jurídico en su plenitud es *hermético.*

9. — Además de la carencia histórica de normas, podemos pensar otro tipo de carencia. Supongamos que hay norma, que la voluntad del autor no ha sido insuficiente como en el caso de las lagunas referidas, pero que la norma que hay nos parece *injusta,* y que por su injusticia queremos prescindir de ella y *no aplicarla.* Esto se llama *carencia dikelógica* de norma: la ausencia de norma proviene de descartar la norma injusta. También en este supuesto hay que *integrar* el orden normativo creando una norma justa que reemplace a la injusta que se margina.

Los mecanismos de integración

10. — La integración se lleva a cabo de dos maneras: a) cuando acudimos a soluciones del propio orden normativo existente —o sea a la justicia formal— hablamos de *autointegración*; b) cuando la solución se encuentra fuera del propio orden normativo, recurriendo a la justicia material —diríamos: al deber ser ideal del valor— hablamos de *heterointegración.*

La autointegración se maneja con la *analogía* y con la remisión a los *principios generales* del mismo orden normativo que debe integrarse. La heterointegración prescinde del orden normativo y salta a la *justicia material.*

La autointegración y la heterointegración son utilizables tanto frente a la carencia *histórica* como a la carencia *dikelógica* de normas. Primero hay que acudir siempre a la autointegración, y sólo cuando el recurso fracasa, saltar a la heterointegración.

11. — Por fin, sin encuadrar ni en la autointegración ni en la heterointe-gración, cabe decir que la interpretación y la integración constitucionales pueden desentrañar el sentido de las normas o colmar las lagunas mediante el *recurso al derecho extranjero.* En la interpretación e integración de nuestra constitución, autores y jurisprudencia reenvían a menudo al derecho constitucional norteamericano. Un viejo ejemplo lo hallamos en materia de control judicial de constitucionalidad.

La relación de confluencia entre integración e interpretación

12. — Bien que interpretación e integración difieren, no hay que desconectarlas, porque siempre que se lleva a cabo la integración de carencias normativas (tanto históricas como dikelógicas) se traba un nexo con la interpretación.

En efecto, cuando se descubre la ausencia de norma para deter-minado caso concreto, la integración que se endereza a colmar el vacío mediante la elaboración de una norma sucedánea que resuelva el citado caso, debe confluir a "interpretar" si esa norma sustitutiva de la que falta guarda congruencia con la constitución, o no. Ade-más, para dilucidar tales extremos, también hay que hacer interpretación "de la constitución", porque no se puede saber si la norma fabricada mediante la integración es compatible con la constitución sin conocer, a la vez, el sentido de la constitución en la parte de ésta que se relaciona con la carencia normativa que se integra, y con la norma que se crea en su reemplazo.

Cuando encaramos la carencia dikelógica de norma y descartamos la aplicación de una norma existente por su *injusticia,* la interpretación también aparece. En primer lugar, no se puede valorar una norma como injusta si antes no se la interpreta, ya que de tal interpretación emerge la aprehensión de su injusticia. En segundo término, cuando desaplicada la norma injusta se integra la carencia que de ese modo se provoca, la cuestión funciona de modo equivalente al caso de integración de la carencia histórica de norma, en la que ya vimos la conexión entre integración e interpretación.

La carencia dikelógica de normas y la supremacía de la constitución

13. — Como principio general, podemos decir que si aceptamos la *supremacía de la constitución formal,* no es fácil admitir en ella casos de carencia dikelógica de normas. En efecto, si la constitución formal contiene una norma, no podemos dejar de aplicarla porque nos parezca injusta, ni elaborar la norma sustitutiva mediante el salto a la justicia material. Sustituir una norma existente en la constitución y provocar la carencia dikelógica de norma porque a la que existe se la margina a causa de su injusticia, parece, prima facie, sublevación contra la voluntad histórica del autor de la constitución. El procedimiento sólo sería viable excepcionalmente —y también como principio— en alguno de los casos extremos que justificaran una revolución, o el derecho de resistencia pasiva.

Las leyes injustas

14. — En el ámbito del derecho infraconstitucional, el tema de la carencia dikelógica se vuelve importante. Se trata de decidir si los jueces pueden desaplicar leyes y normas *intrínsecamente injustas;* una posición, que afirma sustentarse en el principio de división de poderes, entiende que el juez debe aplicar las normas tal cual éstas le son dadas por sus respectivos autores, y que por ende no está habilitado para prescindir de ellas cuando las valora como injustas; otra posición razona que la injusticia intrínseca de una norma vulnera siempre el mandato de "afianzar la justicia" contenido en el preámbulo, por cuyo imperio deben los jueces desaplicar dicha norma.

15. — La segunda postura es la que nosotros compartimos, y nos obliga a profundizarla. Como el derecho judicial de la Corte tiene establecido que los jueces no pueden prescindir de las normas vigentes que resultan aplicables a las causas que han de sentenciar, salvo cuando a esas normas las declaran inconstitucionales, hemos de aceptar que para desaplicar una norma injusta el juez tiene que *declararla inconstitucional.* ¿Cómo lo logra?

Su primer intento ha de procurar encontrar en la constitución algún principio o algún artículo a los que la norma injusta transgreda, y por tal transgresión declarar que la norma injusta vulnera a la constitución en tal o cual parte o dispositivo; si fracasa en esa tentativa, creemos que le basta al juez declarar que la norma injusta que desaplica viola a la constitución en su *preámbulo,* cuando éste enuncia la cláusula de "afianzar la justicia".

Podemos agregar, todavía, que conforme al derecho judicial de la Corte los jueces están obligados a lograr en cada sentencia la *solución "objetivamente justa" del caso* que resuelven. Y tal solución justa no queda alcanzada si la norma que aplica el juez es intrínsecamente injusta, pues la injusticia de la misma norma contagia a la aplicación que de ella se hace para solucionar el caso que se somete a sentencia.

III. LAS PAUTAS DE LA INTERPRETACIÓN

16. — La interpretación de la constitución formal se maneja con ciertas pautas fundamentales. Estamos ahora pensando sobre todo en la interpretación que tiene lugar cuando se aplica la constitución, y dentro de esa aplicación, en la que llevan a cabo los tribunales de justicia.

a) En primer lugar, la constitución debe interpretarse tomando en cuenta el *fin* querido por su autor al proponerlo y describirlo. Y no sólo el fin que podemos rastrear en la ideología y los principios vertebrales de la constitución, sino el particular que cada norma señala —así, en la división de poderes parece existir un fin concreto de evitar la desorbitación del poder ejecutivo—.

La fidelidad al fin o los fines previstos en la constitución impide interpretarla en contra de esos fines, pero no veda acoger, con un enfoque de dinamismo histórico, fines *no previstos* que no se oponen a los previstos.

b) En segundo término, la constitución lleva en sí una pretensión de *futuro* y de *continuidad*. Lanzada hacia el porvenir, es menester interpretarla e integrarla *históricamente*, de modo *progresivo.*

Interpretar la voluntad del autor como inmutable y detenida en la época originaria de la constitución es atentar contra la propia voluntad de futuro y de perduración con que el autor la ha plasmado.

Quiere decir que mientras no incurramos en contradicción con la constitución, ella misma habilita y asume su propia interpretación e integración dinámica, histórica, progresiva y flexible. Esta regla se liga, en alguna medida, con la anterior.

El *cambio de valoraciones sociales* puede servir como criterio de interpretación dinámica, y hasta para engendrar una *inconstitucionalidad sobreviniente* en normas que, a partir de cierto momento, pugnan frontalmente con esas nuevas valoraciones circulantes en la sociedad. Pero esta hipótesis ha de manejarse con suma prudencia y mucha objetividad. Entendemos que un simple cambio en esas valoraciones —de por sí difusas— no habilita para dar por consumada una inconstitucionalidad sobreviniente en torno de una determinada cuestión cuando sobre ésta nos falta alguna pauta definitoria y clara en la constitución. Un ejemplo lo dilucida. Es viable interpretar que existiendo en la constitución una pauta de tipo favorable sobre la *igualdad,* se vuelven inconstitucionales las normas que chocan con los contenidos que nuevas valoraciones sociales consideran exigibles e incorporados a la igualdad (ver cap. V, nº 37 d).

c) Una tercera regla nos enseña que las normas de la constitución no pueden interpretarse en forma aislada, desconectándolas del todo que componen. La interpretación debe hacerse, al contrario, integrando las normas en la *unidad sistemática de la constitución,* relacionándolas, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y compatibilidad entre ellas.

d) La cuarta regla predica la *presunción de validez y constitu-cionalidad* de los actos emanados de los órganos de poder. Da origen a la teoría de la ejecutoriedad del acto administrativo, y en materia de control de constitucionalidad al principio de que la inconstitucionalidad sólo debe declararse cuando resulta imposible hacer compatible una norma o un acto estatales con las normas de la constitu-ción; por eso, antes de declarar la inconstitucionalidad hay que hacer el esfuerzo de procurar la interpretación que concilie aquellas normas o actos estatales con la constitución.

El derecho judicial de la Corte dice que la declaración de inconstitucionalidad es una "última ratio" del orden jurídico, o sea, un recurso o remedio *extremo*, que debe usarse con suma cautela.

e) En el campo de la interpretación que hacen los *jueces,* hay una regla enunciada por la corte, que aparece como importante. Según ella, debe tomarse en cuenta el *resultado axiológico* (que es el del valor), de manera que el juez necesita imaginar las *consecuencias* naturales que derivan de una *sentencia,* porque la consideración de dichas consecuencias es un índice que le permite verificar si la interpretación que lleva a cabo para dictar la sentencia es o no es razonable, y si la misma interpretación guarda congruencia con el orden normativo al que pertence la disposición que trata de aplicar en la misma sentencia.

IV. LA INTERPRETACIÓN, Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Sus relaciones

17. — En el capítulo V abordaremos el tema del control constitucional. Hemos, no obstante, de anticiparnos a él porque al hablar de interpretación descubrimos una relación inesquivable con el control.

En verdad, creemos que cuando se lleva a cabo el control de constitucionalidad de normas infraconstitucionales y se las compara con la constitución para decidir si son inconstitucionales (contrarias a la constitución) o si son constitucionales (compatibles con la constitución), se verifica indudablemente una doble *interpretación:* de las *normas inferiores* a la constitución, y de las *normas de la constitución* que guardan relación con ellas. Es el tema ya desbrozado de la interpretación "de" la constitución y de la interpretación "desde" la constitución (hacia el plano infraconstitucional). (Ver nº 2).

Tanto cuando en función de *control* constitucional se desemboca en la decisión de que una norma infraconstitucional es inconstitucional, cuanto en el caso de que se la declare conforme a la constitución, se ha realizado *interpretación* constitucional, en el plano superior de la constitución y en el inferior de la infraconstitucionalidad.

Con un sentido amplio, proponemos considerar que también implica *control constitucional* la pura *interpretación* que solamente recae en *una norma de la constitución* y que no tiene por objeto confrontarla con otra inferior a ella. Es así porque el sentido que se atribuye a la norma constitucional queda fijado como un parámetro —en cuanto interpretación "de" la constitución— para, desde su nivel, llevar a cabo la interpretación "desde" la constitución hacia aba-jo y, de este modo, *controlar* la constitucionalidad del derecho infraconstitucional.

Si asumimos el dato de que la interpretación "de" la constitución por la Corte engendra *fuente de derecho judicial* en el orbe constitucional cuando sus sentencias tienen calidad de "sentencia-modelo" y engendran seguimiento a causa de su ejemplaridad, se entiende mejor por qué al caso de la pura interpretación "de" la constitución le atribuimos —cuando emana de la Corte Suprema— la naturaleza simultánea de un *control constitucional.*

18. — Un sencillo gráfico ilustra resumidamente las propuestas antecedentes.

Interpre-tación consti-tucional de:

a) normas de la *constitución*

b) *normas infraconstitucionales* (sea que se las descalifique o que se las compatibilice)

con-flicto- por

b') declaración de inconstitucionalidad

o

b") declaración de constitucionalidad

Hay *control* consti-tucio-nal simul-táneo

19. — Finalmente, hay otro desglose posible: a) hay cosas que la constitución *prohíbe hacer,* y que si se hacen irrogan violaciones a la constitución; b) hay cosas que la constitución *manda hacer,* y que si no se hacen, implican asimismo violaciones (por *omisión*); c) hay ámbitos donde la constitución no prohíbe, ni manda, sino que *permite* o *deja opciones* y alternativas, y en esos espacios es menester elegir lo mejor y no lo peor, para aprovechar las permisiones y opciones, y no esterilizar su oferta (por lo que es necesario no tomar la postura de no hacer nada).

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA AXIOLÓGICO DE LA CONSTITUCIÓN

I. "LETRA"- "ESPÍRITU" -"RAIZ HISTÓRICA": EL TEXTO Y EL CONTEXTO. - Su sen-tido. - II. PRINCIPIOS, VALORES Y NORMAS. - Las diferencias y las aproximaciones. - El plexo de principios, valores y derechos en la parte orgánica. *El artículo 75. Otras normas de la parte orgánica.* - La expansión de sentido del plexo axiológico en la parte orgánica. *La relación con los derechos.*

Conclusión.

"LETRA"- "ESPIRITU" -"RAIZ HISTORICA": EL TEXTO Y EL CONTEXTO

Su sentido

1. — La constitución expresa y contiene un *orden material* o *sustancial de valores,* lo que significa que no es neutral porque toma partido por un *sistema axiológico* bien definido.

A la vez, hay en ella un conjunto de *principios* que, en común con los *valores,* hacen de núcleo central o de eje para expandir su aplicación y su obligatoriedad a todo el resto del ordenamiento jurídico.

Es fácil coincidir en que el plexo de valores y de principios compone el llamado *techo ideológico* de la constitución, que es tanto como decir su filosofía política y su "espíritu". Este espíritu tiene que alimentar a la "letra" de la constitución, o sea, a su texto, desde el "con-texto" en el que se sitúan los princi-pios y valores.

Muchos de ellos figuran explícitamente en las normas de la constitución, pero la circunstancia de que consten en su "letra" no riñe con la afirmación de que, en unidad con los implícitos, hacen parte de un "con-texto" que se afilia al techo ideológico, y que desde este último debe dárseles desarrollo aplicativo.

Por supuesto que los valores y principios guardan relación íntima con los *fines* que la constitución propone y exige alcanzar en la dinámica del régimen político. De este modo, la *visión valorativa-principista* se enlaza con la *visión finalista* de la constitución.

2. — Todo ello, a su vez, encuentra una explicación en la *raíz histórica* de la constitución. La constitución, además de un "para qué" *(fines),* tiene un "por qué", que encuentra su razón de ser en la citada raíz histórica. Por eso, la indagación de todo el proceso político-institucional que ha dado origen a la constitución es muy útil para comprender cabalmente el sentido de la constitución.

3. — Puede observarse que hemos hablado de "letra" (o *texto,* o constitución documental, o constitución escrita); de principios y valores, anudados a los fines (*espíritu,* o filosofía política, o techo ideológico); y de *raíz histórica.* Cabe resumir esta trinidad en "letra-espíritu-raíz histórica", y desglosarla en:

a) *normas* formuladas en el texto;

b) *principios, valores* y *fines;*

c) *raíz* o *razón histórica* de la constitución, para con todo este arsenal afirmar que la constitución posee un "texto" y un "con-texto", y que cuando debemos interpretar su texto hemos de hacerlo tomando en cuenta su "con-texto", o desde ese "con-texto".

4. — Cuando recorremos este amplio paisaje es menester alejarse de la creencia de que todo tiene que estar escrito en las normas de la constitución, porque hay muchas cosas que, sin formularse en esas normas, se hallan alojadas en los *silencios* de la constitución o en las *implicitudes* de la constitución; es decir, que faltan las nor-mas, no obstante lo cual hemos de auscultar los silencios e implici-tudes para ver si en lo que la constitución calla o en lo que sugiere implícitamente nos está significando algo que carece de una norma específica. Para así proceder, recurrir al "con-texto" puede ser suma-mente útil.

5. — Veamos: el preámbulo de la constitución histórica —que subsiste intacto después de la reforma de 1994— señala seis objetivos con sus correspondientes verbos:

— *constituir* la *unión nacional;*

— *afianzar* la *justicia;*

— *consolidar* la *paz interior;*

— *proveer* a la *defensa común;*

— *promover* el *bienestar general;*

— *asegurar* los *beneficios de la libertad.*

(Ver cap. II, nº 10 a 14.)

En este enunciado convergen *principios, valores, fines* y *raíz histórica.* Constan en la letra de la constitución, y están en su texto (porque el preámbulo forma parte de la constitución, y obliga). Pero hay que interpretarlo y comprenderlo desde el "con-texto", porque los principios, valores y fines que la constitu-ción recoge no son un invento ni una creación arbitraria del constituyente; el contenido de ellos no es producto de un voluntarismo absoluto del autor de la constitución; al contrario, registra una ascendencia que se halla fuera de esa voluntad decisoria.

6. — Hay otros valores que no figuran en el texto del preámbulo, y sin embargo sería equivocado negarlos o darlos por no incluidos en los *silencios* y las *implicitudes.* Así: el orden, la solidaridad, la cooperación, la dignidad del ser humano, el pluralismo sociopolítico, etc.

7. — Tomemos muy en cuenta que el tradicional *art. 33* de la constitución, habitualmente llamado *cláusula de los derechos implícitos,* nos está dando la pauta y la razón, porque es el propio autor de la constitución quien nos advierte que los derechos y garantías no se agotan en la lista de los que el articulado constitucional enumera en el texto, y que hay otros además de ésos, lo cual significa dejar abierto un espacio en la textura de la constitución para reconocer y proteger todos los "plus" de derechos, libertades y ga-rantías que haga falta y sea necesario, a medida que en el trans-curso del tiempo histórico van apareciendo nuevas necesidades humanas y sociales, nuevas pretensiones colectivas, nuevas valoraciones, y transformaciones de toda índole en lo social, cultural, económico y político.

Esto es lo que permite ir deparando acogida a *derechos nuevos* y a *contenidos nuevos de derechos viejos.* Es, por otra parte, lo que ocurrió con la libertad de "prensa" (derecho a expresar libremente las ideas por la "prensa" sin censura previa, conforme al art. 14), que fue cobrando holgura para incorporar a otros medios de expresión distintos de la prensa a medida que fueron progresando los inventos y las tecnologías: cine, radio, televisión, comunicaciones satelitales, etc.

II. PRINCIPIOS, VALORES Y NORMAS

Las diferencias y las aproximaciones

8. — No es fácil captar las diferencias entre lo que son los valores y lo que son los principios que anidan en nuestro derecho constitucional; lo que sí cabe afirmar es que cuando, aun sin rotularlos con esas denominaciones, los reconocemos formulados en el texto —como en el ejemplo que dimos del preámbulo— hay que admitir que los valores y los principios son *normas*, desde que normas son los textos en los cuales constan y quedan expresados. Otra cosa distinta es el *contenido de las normas* que consignan a los valores y principios, porque ese contenido con enunciado normativo es el propio de cada valor y de cada principio que las normas enuncian, y es ese contenido el que no proviene de un invento o una creación voluntarista del autor de la constitución.

Es sencillo entenderlo si recurrimos a otro ejemplo: una norma que reco-noce un derecho personal es una norma, pero el contenido enunciado en ella es el propio del derecho al que la norma se refiere. Lo mismo podemos decir de las normas que organizan al poder y a sus funciones, competencias y rela-ciones.

9. — Lo importante es la *unidad de orden y de sentido* que desde la constelación de valores y principios se proyecta hacia todos los planos y rincones del ordenamiento jurídico, porque siempre hay que tomarlos en cuenta, no sólo para cubrir vacíos cuando faltan las normas, sino también para comprender el sentido de las normas existentes.

Cuando desde el "con-texto" de la constitución inferimos que también hay valores y principios que no cuentan con una constancia normativa explícita —o sea, cuando no están en la letra de la constitución— igualmente hemos de explayar su aplicación al orden infraconstitucional, porque desde el techo de la constitución

aquellos valores y principios sin norma explícita han de funcionar y jugar su papel para alimentar al citado orden infraconstitucional.

10. — Que el papel a desempeñar por los principios y valores descienda de la constitución hacia abajo —"desde" lo constitucional hacia el derecho infraconstitucional— está muy lejos de querer decir que los valores y principios constitucionales quedan sin función *dentro* de la misma constitución. No es así, ya que todas las normas que integran la constitución, así como las carencias de normas en su texto, han de iluminarse, interpretarse y rellenarse acudiendo al plexo valorativo-principista. Por eso habíamos adelantado que la interpretación de la constitución —de su letra— tiene que hacerse desde su "con-texto".

El ejemplo más claro creemos encontrarlo en un principio clásico que no es privativo del derecho argentino sino común a todo el derecho comparado. Nosotros lo tenemos incluido en el código civil, y sin embargo es un principio netamente constitucional que no figura en la letra de la constitución, pero al que debemos considerarlo como un presupuesto básico en su "con-texto": es el principio según el cual *los jueces no pueden negarse a fallar por ausencia o por oscuridad de la ley.* Cuál es la vía y la fuente a la que han de recurrir para dictar la sentencia cuando el caso carece de norma previsora, o cuando la que hay es oscura, no interesa comentarlo aquí (ver cap. II: La integración). Lo que importa es reivindicar el deber judicial de no inhibir la administración de justicia cuando el orden normológico presenta un vacío, o varios, y el deber recíproco de encontrar la *solución justa* que se adecua al caso de que se trata.

11. — Con la reforma de 1994 descubrimos algo que se nos hace muy interesante. Normalmente, cuando dividimos a la constitución en una *parte dogmática* dedicada a derechos, libertades y garantías, y otra *parte orgánica* destinada a la estructura del poder, solemos dar por cierto que es en la primera parte —y también en el preám-bulo que precede a las dos— donde se acumulan los valores y los principios.

Pues bien, por razones que ahora obviamos, la reforma de 1994 incorporó a la *parte orgánica* —especialmente en el sector destinado a las competencias del congreso (art. 75)— numerosos valores y prin-cipios, y hasta derechos personales que, aunque no queden así rotula-dos, surgen de normas con suficiente claridad. (Ver nos 13 a 15).

12. — El registro se hace extenso, y vamos luego a hacer una síntesis, pero previamente retrocederemos a dar la razón por la cual es factible efectuar una casi unidad identificatoria con los valores y los principios, para lo cual el ejemplo de la norma civilista que obliga a fallar aunque no haya norma, se nos hace muy claro.

Si en la constitución hay un *valor*, hay también algo a lo que se le reconoce *valiosidad*, y si es así, no cabe mayor duda de que ese mismo valor se erige en un *principio* al que hay que prestar desarrollo y aplicación para que el valor se realice con signo positivo.

En el ejemplo citado, el principio que impone el deber de dictar sentencia aun a falta de ley y el de colmar el vacío legal, es equiparable al *valor propio de la administración de justicia,* al que por el preámbulo existe la obligación de *afianzar* (afianzar la justicia como valor). Sería disvalioso —e injusto— que un juez se negara a dictar sentencia porque careciera de ley, y le dijera a los justiciables de ese proceso que se abstiene de fallar porque no tiene una norma expresa con la que encuadrar y resolver el caso que esos justiciables le han propuesto en el juicio. Por ende, el principio apunta a la realización del valor que toma en cuenta.

El plexo de principios, valores y derechos en la parte orgánica

13. — Al preámbulo ya le hemos dirigido una mirada (ver nos. 5 y 6). A los artículos donde —desde el 1º al 43— se condensan las *declaraciones, derechos y garantías,* hemos de explicarlos después con detenimiento. Ahora nos detenemos sólo en la *parte orgánica*, para verificar la curiosidad de que, fuera de la parte dogmática, la *reforma de 1994* también ha expandido valores, principios y derechos.

El artículo 75

14. — Veamos el *art. 75,* sin seguir un orden referido a sus 32 incisos. Es la norma que enumera las *competencias del congreso.*

— *Igualdad real* de oportunidades y de trato (inc. 23);

— *pleno goce y ejercicio de los derechos* reconocidos en la constitución, en los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, y en las leyes (inc. 23);

— *tratados de derechos humanos,* e instrumentos internacionales en la misma materia, que tienen jerarquía constitucional (inc. 22);

— adopción de *medidas de acción positiva* para cuanto indica el inc. 23 (inc. 23);

— particular protección respecto de *niños, mujeres, ancianos* y *discapacitados* (inc. 23);

— régimen especial e integral de *seguridad social* en protección del *niño* desamparado y de la *madre,* en la forma y situaciones previstas en el inc. 23 (inc. 23);

— *desarrollo humano* (incs. 17 y 19);

— *progreso económico* con justicia social (inc. 19);

— productividad de la *economía nacional* (inc. 19);

— *generación de empleo* y formación profesional de los trabajadores (inc. 19);

— defensa del valor de la *moneda* (inc. 19);

— *investigación, desarrollo científico y tecnológico,* más su difusión y aprovechamiento (inc. 19);

— *crecimiento armónico* de "la nación" y poblamiento de su territorio (inc. 19);

— *políticas diferenciadas* para equilibrar el desigual desarrollo desparejo de provincias y regiones (inc. 19);

— respeto de las *particularidades provinciales y locales* en la educación (inc. 19);

— responsabilidad indelegable del *estado* y participación de la *familia* y la sociedad en la *educación* (inc. 19);

— *valores democráticos,* igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación en la *educación* (inc. 19);

— *gratuidad y equidad* de la educación pública estatal (inc. 19);

— autonomía y autarquía de las *universidades nacionales* (inc. 19);

— *identidad y pluralidad cultural* (inc. 19);

— libre creación y circulación de las *obras del autor* (inc. 19);

— *patrimonio artístico* y espacios culturales y audiovisuales (inc. 19);

— reconocimiento, respeto y garantía a los *pueblos indígenas* argentinos y a los derechos que enuncia el inc. 17 (inc. 17);

— distribución de los recursos emergentes del *régimen de coparticipación* impositiva del inc. 2º en forma equitativa y solidaria, con prioridad a favor de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio (inc. 2º);

— integración en *organizaciones supraestatales,* que respeten el orden democrático y los derechos humanos (inc. 24);

Otras normas de la parte orgánica

15. — Este muestrario admite proseguir ejemplificativamente así:

— *Autonomía municipal* (art. 123);

— *regionalismo* por decisión de las provincias (art. 124);

— *desarrollo* económico y social (art. 124);

— dominio provincial originario de los *recursos naturales* (art. 124);

— progreso económico, desarrollo humano, generación de empleo, educación, ciencia, conocimiento y cultura como *competencias provinciales* (art. 125);

— régimen de gobierno autónomo de la *ciudad de Buenos Aires* con facultades de legislación y jurisdicción (art. 129);

— garantía de los intereses del *estado federal* en la ciudad de Buenos Aires mientras sea capital de la república (art. 129);

La expansión de sentido del plexo axiológico en la parte orgánica

16. — La precedente enumeración reclama nuestra explicación para localizar el plexo de valores y de principios. Del modo más sintético posible, proponemos que:

a) se juzga valioso promover la *igualdad real de oportunidades y de trato* para completar la "igualdad formal ante la ley", y aquella igualdad opera como un principio a utilizar para realizar el valor igualitario, incluso con *medidas de acción positiva,* lo que —sin decirlo expresamente— acentúa un rasgo del estado social y democrático de derecho;

b) se proclama como un principio general el respeto, la tutela y la promoción de los *derechos humanos* para hacerlos efectivos, nutriendo al sistema de derechos con una doble fuente: la *interna,* y la *internacional* (derecho internacional de los derechos humanos);

c) se asume el principio de que debe darse especial cobertura protectora a los *sectores más débiles,* como son los de los niños, los ancianos y las personas con discapacidad;

d) se acentúa el principio de que la *mujer* queda incorporada al sistema igualitario de derechos;

e) las menciones al desarrollo humano bien merecen comprenderse como reconociendo el *derecho al desarrollo* entre los que hoy se citan dentro de la tercera generación de derechos; ello tanto en alusión al desarrollo personal que ha de hacerse disponible mediante condiciones propicias, como al desarrollo global de la sociedad que vendría a coincidir con el crecimiento armónico de toda "la nación", con el equilibrio del desigual desarrollo en dimensión de provincias y regiones, y con la distribución de la coparticipación impositiva con solidaridad para su desarrollo territorial equivalente;

f) en conexidad con el desarrollo, también el *progreso económico con justicia social* presenta los matices de un valor que, para su consecución, deriva al principio de que hay que proveer lo conducente a lograrlo en su efectiva realización;

g) se añaden pautas de valor para que la *economía* satisfaga los valores a cuya realización se enderezan los principios antes recordados;

h) el principio del *pluralismo* se disemina por diversas áreas: en lo social, por el reconocimiento de los pueblos indígenas; en lo territorial, por las particularidades provinciales, regionales y locales; en lo educacional y cultural, por la intervención del estado, de la familia y de la sociedad, así como por la no discriminación y la atención a las ya citadas particularidades lugareñas, tanto como por la alusión a la misma pluralidad cultural, y a la autonomía universitaria;

i) el *principio federal* se desglosa en varios aspectos que, a más de los referidos en los anteriores incisos e) y h), abarcan el regionalismo y la autonomía de los municipios de provincia y de la ciudad de Buenos Aires.

La relación con los derechos

17. — No es extravagante descubrir que en relación al arsenal de valores y principios se entrecruzan *derechos*, aunque el texto no los defina expresamente como tales.

Así, captamos derechos en la cláusula sobre los *pueblos indígenas* del inc. 22 del art. 75; en orden a la *educación,* en el inc. 19 párrafo tercero; apuntando a los *niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados*, en el inc. 23; respecto de la *igualdad,* en los incs. 19 párrafo tercero, y 23; en lo *cultural,* en el inc. 19 párrafo primero in fine y párrafo cuarto; por fin, globalmente, en los incs. 22, 23 y 24.

Todo este esquema que hemos recorrido en un itinerario de la parte orgánica de la constitución se acopla a cuanto luego explicaremos acerca de la parte dogmática, lo que nos evidencia que desde las normas incluidas en el ámbito de la organización del poder hay claros *reenvíos* al contenido que es propio de la parte primera de la constitución —Declaraciones, Derechos y Garantías en el capítulo I, y Nuevos Derechos y Garantías en el capítulo II surgido de la reforma de 1994—.

Conclusión

18. — Del plexo total de valores, principios y derechos que se inserta en las dos partes de la constitución —la dogmática y la orgánica— hemos de recordar que:

a) hay que reconocerle la *dualidad de fuentes:* la *interna* y la *internacional* (derecho internacional de los derechos humanos);

b) tiene *silencios* e *implicitudes* —cuyo ejemplo más notable es el art. 33— a los que debemos depararles atención para interpretar e integrar a la consti-tución;

c) hay que predicar el carácter *vinculante y obligatorio* que reviste, para que no se suponga que solamente acumula una serie retórica de consejos, simples orientaciones o proyectos sin fuerza normativa, y para que no quede a merced de lo que discrecionalmente crean o quieran sus destinatarios, tanto operadores gubernamentales como particulares.

CAPÍTULO V

LA SUPREMACÍA Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN

I. LA FORMULACIÓN CLÁSICA DE LA DOCTRINA Y SUS ALCANCES. - Su caracterización general. *La actualización contemporánea. La jerarquía normativa. Supremacía y reforma constitucional. La supremacía en el tiempo. El control de constitucionalidad: su significado. El control constitucional y la interpretación.* - La doctrina de la supremacía constitucional y la inconstitucionalidad "dentro" de la constitución. - II. LOS REAJUSTES CONTEMPORÁNEOS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. - La doctrina de la supremacía constitucional de cara al nuevo derecho internacional. - La incidencia en el control interno de constitucionalidad. - La modificación de la doctrina de la supremacía constitucional en el actual derecho constitucional argentino. *La tesis que rechazamos. Las tesis que sostenemos.* - III. LAS RELACIONES ENTRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. - El panorama después de la reforma de 1994. - Las materias controlables. *Una diferencia entre "cuestión constitucional", "cuestión política" y control. El control del derecho extranjero aplicable en jurisdicción argentina.* - El control de constitucionalidad "a favor" del estado por "acto propio". - La supremacía y el derecho judicial de la Corte Suprema. - La inconstitucionalidad como efecto de actividad lícita del estado. - La inconstitucionalidad en el tiempo. - La inconstitucionalidad "por omisión" y su control. - IV. LA ORGANIZACIÓN DEL CONTROL. - Los sistemas posibles de control. - Los sistemas de control en nuestro derecho constitucional (federal y provincial). *Las variables del control en el derecho público provincial.* - La legitimación procesal. - El marco de condicionamiento y las bases de control. - El alcance, los caracteres y las posibilidades del control. - V. LA SUPREMACÍA EN RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. - Constitución, tratados, leyes.

I. LA FORMULACIÓN CLÁSICA DE LA DOCTRINA Y SUS ALCANCES

Su caracterización general

1. — La *supremacía de la constitución* tiene dos sentidos. En un sentido *fáctico,* propio de la constitución *material,* significa que dicha constitución o derecho constitucional material es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un estado.

Pero el sentido con que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional es otro. Apunta a la noción de que la *constitución formal,* revestida de *superlegalidad,* obliga a que las normas y los actos estatales y privados *se ajusten a ella.* Ello envuelve una formulación de *deber-ser;* todo el orden jurídico-político del estado *debe ser congruente o compatible con la constitución formal.*

La teoría de la *fuerza normativa de la constitución* —y, mejor aún, del "*derecho* de la constitución"— viene hoy a completar a la doctrina de la supremacía, en cuanto aquélla postula que la constitución posee en sí misma el vigor de la normatividad jurídica para surtir el efecto de su aplicabilidad, exigibilidad y obligatoriedad y, así, asegurar su efectividad en la dimensión sociológica del mundo jurídico (ver cap. I, nº 18).

La actualización contemporánea

2. — Ahora bien, parece verdad que la doctrina clásica de la supremacía de la constitución necesita traducirse a concepto y vocabulario que sean actualmente compatibles con el *derecho internacional.* Por eso, la supremacía significa —ante todo— que la constitución es la "*fuente*

primaria y fundante" del orden jurídico estatal. Esto, al colocar a la constitución en el vértice de dicho orden, quiere decir que es ella —desde dicha cúspide— la que dispone cuál es la *gradación jerárquica del mismo orden,* porque como fuente primaria y fundante bien puede ocurrir que la constitución resigne el primer plano al que estamos acostumbrados, para reconocer en dicho nivel más alto que el de ella misma al derecho internacional —sea el general, sea el de los derechos humanos— y/o al derecho de la integración supraestatal y su derivado, el derecho comunitario (ver acápite II).

La jerarquía normativa

3. — La supremacía constitucional supone una *gradación jerárquica* del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución.

Cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un *vicio* o *defecto*, que llamamos "inconstitucionalidad" o "anti-constitucionalidad".

El vocabulario constitucional suele usar también, como equivalente de la palabra "inconstitucionalidad", la voz *"nulidad"*. La propia constitución la emplea en el art. 29, y la alude en el art. 36. El derecho público provincial trae ejemplos frecuentes, ya que muchas constituciones locales declaran que son *nulos* las leyes, los decretos, y las normas que contrarían a la constitución; y a menudo agregan que los jueces así deben declararlo al desaplicarlos.

No tenemos objeción que formular al empleo de la palabra "nulidad" para desprestigiar y fulminar la inconstitucionalidad.

Es posible también vincular la inconstitucionalidad con la *antijuridicidad* y con la *ilicitud.*

4. — Nada de lo que surge de la conceptualización anterior acerca de lo que tradicionalmente ha sido la supremacía, o de lo que es ahora, resulta incompatible con la noción de que a la constitución en cuanto fuente primaria se le antepone un *orden suprapositivo,* que para unos puede ser el derecho natural o el sistema de valores, y para otros la ética o los valores morales.

Supremacía y reforma constitucional

5. — El principio de supremacía se vincula con la teoría del *poder constituyente*, y con la tipología de la constitución *escrita y rígida.* En efecto, la constitución es establecida por un poder constituyente; el poder constituido o poder del estado no puede ni debe sublevarse contra la constitución que deriva de un poder constituyente, formalmente distinto y separado del poder constituido. Además de ello, si ese poder constituyente ha creado una constitución escrita y *rígida*, fijando para la reforma de la misma un procedimiento distinto al de las leyes ordinarias, ha sustraído a la constitución de las competencias y formas propias de los órganos del poder constituido. Todo acto contrario a la constitución implica, de hecho, y por esa sola alteración, una "reforma" a la constitución, llevada indebidamente a cabo fuera del mecanismo que ella ha arbitrado para su enmienda. Si tales actos valieran, se frustraría el sentido del tipo constitucional escrito y rígido. Por consiguiente, para salvar incólume a la constitución rígida, los actos que se le oponen deben reputarse *privados de validez.*

6. — La doctrina de la supremacía tiene también alguna cabida en los estados de constitución flexible. En la actualidad, hemos elaborado la idea de que una constitución flexible, al poder reformarse mediante una ley ordinaria, impide que las *"leyes"* en desacuerdo con la constitución formal sean consideradas o declaradas inconstitucionales, pues cuando están en desacuerdo u oposición, implican una enmienda válida a esa constitución; pero, no obstante, las normas y los actos *infralegales* admiten que, en caso de pugnar con la constitución, sean reputados inconstitucionales. De tal modo la inconstitucio-nalidad en los estados con constitución flexible funcionaría en los estratos del orden jurídico inferiores a la ley.

La supremacía en el tiempo

7. — El viejo fallo de la Corte de 1927, en el caso "Compañía Azucarera Tucumán c/Provincia de Tucumán" estampó el principio de que *"la constitución es un estatuto para regular y garantir las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la república, tanto en tiempo*

de paz como de guerra, y sus previsiones no podrían sus-penderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse".

La supremacía constitucional no consiente, ni habilita, ni tolera marginamientos, subordinaciones, condicionamientos, parálisis ni suspensiones. La doctrina de la emergencia (que analizamos en la parte a ella dedicada) debe subsumirse en la de la supremacía.

Por otro lado, la pretensión de futuridad y permanencia que explicamos al comentar el preámbulo, y que surge de éste, señala la ambición constitucional de capturar en la supremacía de la codificación todo el devenir del sistema político que ella atrapa, regula y proyecta, dentro de su orden normológico (ver cap. II, nº 14).

El control de constitucionalidad: su significado

8. — La doctrina de la supremacía exige, para su eficacia, la existencia de un *sistema garantista* que apunte a la *defensa* de la constitución y al *control* amplio de constitucionalidad.

En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos infractorios de la constitución *no valen,* o lo que es lo mismo, que son *inconstitucionales* o anticonstitucionales. Sin embargo, nos quedaríamos a mitad de camino si después de arribar a esa conclusión, no estableciéramos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada.

Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el *control* o la *revisión constitucionales.*

El leading case "Marbury c/Madison", del año 1803, ha sido el antecedente inmediato en *Estados Unidos* de la doctrina de la supremacía y del control constitucionales, y con su ejemplaridad suscitó seguimiento o imitación dentro y fuera de los Estados Unidos. De allí se trasplantó a nuestro derecho.

9. — En el derecho constitucional argentino, la doctrina de la supremacía y del control constitucionales ha cobrado vigencia sociológica a través de *fuente judicial:* la jurisprudencia o derecho judicial la han hecho efectiva. Está pues en la constitución material, pero deriva de principios formulados en la constitución formal.

Dada la estructura federal de nuestro estado, la supremacía constitucional reviste un doble alcance: a) la constitución prevalece sobre *todo el orden jurídico-político* del estado; b) la constitución, en cuanto *federal,* prevalece también sobre *todo el derecho provincial* (y dentro de esta segunda supremacía, prevalece juntamente con la constitución federal todo el derecho federal —leyes, tratados, etc.—); esto se verifica leyendo los arts. 5º y 31.

El principio de supremacía se completa con los principios del *art. 27* (para los tratados que sólo tienen prelación sobre las leyes), del *art. 28* (para las leyes), y del *art. 99 inc. 2º* (para los decretos del poder ejecutivo que reglamentan a las leyes).

Después de la *reforma de 1994,* es imperioso asimismo tener presente una añadidura de suma trascendencia: en virtud del art. 75 inc. 22 hay *tratados internacionales de derechos humanos* que tienen *jerarquía constitucional* por figurar en la enumeración que se hace en dicha norma, y otros que pueden alcanzarla en el futuro conforme a la misma. Por consiguiente, tales tratados revisten *igual supremacía* de la constitución, y aunque no forman parte del texto de la constitución, se hallan fuera de él a su mismo nivel en el bloque de constitucionalidad federal (ver cap. I, nº 17).

10. — El control judicial de constitucionalidad cuenta con la fórmula acuñada por la Corte Suprema desde su fallo del 5 de diciembre de 1865, la cual, si bien se refiere expresamente a las leyes, se torna extensiva a normas y actos distintos de las leyes. Dicha fórmula dice así: "Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos".

El control judicial de constitucionalidad, y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto, es un *deber* (u obligación) que implícitamente impone la constitución formal a todos los tribunales del poder judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, o cuando deben cumplir dicha norma o dicho acto.

El control constitucional y la interpretación

11. — Por lo que hemos explicado en el capítulo III, es comprensible que el control de constitucionalidad va anexo a la *interpretación* constitucional, porque es imposible controlar sin interpretar, ya que tanto es necesario interpretar las normas de la constitución como las infraconstitucionales que se comparan con ellas. A su vez, en muchos casos el control se liga asimismo a la *integración,* si es que se tropieza con carencia histórica de norma o con carencia dikelógica. (Para esto, reenviamos al acápite IV del cap. III).

La doctrina de la supremacía constitucional y la inconsti-tucionalidad "dentro" de la constitución

12. — Hay doctrinas que dentro de la misma constitución efectúan una gradación o un escalonamiento de sus contenidos en planos subordinantes y planos subordinados.

Por ejemplo, cuando a los principios y valores que contiene la constitución se los erige por encima del resto de sus normas. Se habla, así, de relaciones *intrajerárquicas.*

El resultado es éste: si dentro de la constitución suprema hay cláusulas o normas que prevalecen sobre otras de su mismo articulado, estas últimas son inconstitucionales (aunque formen parte de la constitución) cuando infringen a las superiores.

Es verdad que en nuestra constitución reconocemos que, además de simples normas, hay, implícitamente, principios y valores (ver cap. IV), pero tenemos hasta hoy por cierto que todos sus contenidos —*en cuanto normas*— comparten la misma jerarquía suprema o, en otros términos, que dentro de la constitución no existe un orden jerárquico de planos diferentes, por lo que no creemos que dentro de la misma constitución una norma de ella pueda ser inconstitucional por incompatibilidad o contradicción con algún principio o algún valor contenidos en el conjunto normativo de la constitución.

13. — En la afirmación antecedente encaramos el tema dentro del texto unitario de la constitución federal, pero conviene hacer algunas reservas. Así, si la constitución *se reforma* transgrediendo el procedimiento ortodoxo que deriva de su art. 30, o vulnerando lo que para nosotros son sus contenidos pétreos (suprimiéndolos o alterándolos esencialmente), las normas que se insertan en la constitución por vía de tal reforma son *inconstitucionales,* pese a haberse incorporado formalmente a la constitución.

Más adelante tratamos la otra hipótesis de la inconstitucionalidad de una norma de la constitución que mediante reforma constitucional se incluyera en su texto en *violación a un tratado internacional* que, con anterioridad, ha limitado al poder constituyente (ver nº 27).

14. — Si ahora pasamos a las *constituciones provinciales,* es evidente e indudable que, dentro de nuestra estructura federal, pueden contener normas inconstitucionales cuando éstas resultan lesivas de las pautas que desde la constitución federal se les impone a los ordenamientos provinciales. (El tema de la relación de subordinación en virtud de la cual acontecen tales eventuales incons-titucionalidades nos ocupará al explicar el federalismo.)

II. LOS REAJUSTES CONTEMPORÁNEOS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La doctrina de la supremacía constitucional de cara al nuevo derecho internacional

15. — La teoría de la supremacía fue elaborada y estructurada —para la doctrina y para su aplicación práctica— en un contexto universal en el que bien cabe decir que los estados eran concebidos como unidades políticas cerradas y replegadas sobre sí mismas, dentro del contexto mundial. Desde hace años (podríamos hacer cronología situando los tiempos desde la segunda postguerra de este siglo) el *derecho internacional público* ha avanzado mucho en comparación con épocas precedentes. La *política internacional* también. Es indudable que la forma de instalación de los estados en el ámbito internacional cobra hoy nuevos perfiles.

Los estados siguen existiendo. Sus ordenamientos internos también. Sus constituciones también. Pero se les filtran contenidos que provienen de *fuentes heterónomas* o *externas,* o sea, *colateralmente.* Entre ellas, el *derecho internacional de los derechos humanos* y el *derecho comunitario* —recién citados— cobran relevancia.

Quiere decir que, en virtud de principios generales del derecho internacional, de tratados internacionales sobre derechos humanos, y de la integración estatal en comunidades supraestatales que engendran su propio derecho comunitario, los estados incorporan a su derecho interno contenidos que derivan de aquellas fuentes heterónomas o externas; esas fuentes no están por "encima" del estado, sino en sus "costados", en su periferia; "afuera" del orden jurídico interno; por eso las denominamos fuentes "heterónomas" o externas. Pero que condicionan y limitan al derecho interno, incluso a la constitución, no puede negarse.

16. — ¿Se ha extraviado o dejado de existir la supremacía de la constitución?

Más bien, cabría sostener que hay un *reacomodamiento* de la misma.

Los modos de adecuar la supremacía constitucional a esta nueva realidad son variables y propios de cada estado. Los hay que colocan al derecho interna-cional con prioridad sobre todo el derecho interno, incluida la misma constitución. Los hay que confieren al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de la constitución. Otros, sólo dan prelación a ese derecho respecto de las leyes.

No es aventurado aseverar que tales soluciones parcialmente diferentes provienen de una decisión *interna,* sea del poder constituyente, sea de la incorporación del estado a un tratado internacional, o a un sistema de integración comunitaria. En todas esas ocasiones, hay una previa prestación de *consentimiento estatal* expresado mediante procedimientos que, de alguna manera, también dependen de su derecho interno.

Por eso, en el retoque de "aggiornamiento" que hacemos hoy a la doctrina de la supremacía de la constitución, decimos que esa doctrina subsiste y que la constitución sigue siendo suprema en cuanto siempre es *fuente primaria y fundante* del orden jurídico estatal y decide su prelación, aunque ella misma —al establecer la gradación jerárquica de ese orden— ceda acaso el primer nivel al derecho internacional o al derecho de la integración (ver nº 2).

17. — Lo que no podemos omitir es el siguiente punto de vista personal: teniendo presente que en el *derecho internacional* hay un principio básico que es el de su *prelación sobre el derecho interno,* juzgamos incoherente que el estado que da recepción al derecho internacional en su ordenamiento interno lo coloque por debajo de la constitución y no por encima —o, al menos, a su mismo nivel—. En efecto, parece elemental decir que si el estado consiente el ingre-so del derecho internacional, es de muy escasa congruencia que no lo haga aceptando aquel principio de su primacía sobre el derecho interno.

Argentina, al ratificar y prestar recepción a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, se ha obligado a acatar su art. 27, en el que se define y reafirma que ningún estado parte puede invocar su derecho interno para incumplir un tratado.

No es coherente, por eso, que la reforma constitucional de 1994 sólo haya reconocido a los tratados un rango supralegal, manteniendo como principio general (con la excepción de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional) el criterio de que los tratados son infraconstitucionales (ver cap. I, nº 41).

La incidencia en el control interno de constitucionalidad

18. — Hay que ver ahora qué ocurre con esta reciente fenomenología de la supremacía constitucional en orden al control constitucional.

Las hipótesis son varias y diversas.

A) cuando en el derecho interno se otorga *prioridad al derecho internacional* por sobre la constitución, es indudable que *no hay control constitucional sobre el derecho internacional.* Dicho de otro modo, el derecho internacional no es susceptible de ser declarado inconstitucional.

En cambio, si la constitución, después de haberle cedido su rango al derecho internacional, exhibe alguna contradicción con él, *el contenido de la constitución que se le opone queda sometido a control* y se torna inconstitucional.

Lo mismo ocurre con todo el *derecho infraconstitucional* (leyes, reglamen-tos, sentencias, actos de particulares).

B) Cuando en el derecho interno se reconoce al *derecho internacional un nivel de paridad con la constitución, tampoco hay control constitucional* ni inconstitucionalidad en ninguno de ambos planos, porque los dos comparten igual rango y se complementan.

El *derecho infraconstitucional* discrepante con el bloque unitario que componen el derecho internacional y la constitución parificados queda sometido a control y es inconstitucional.

C) Cuando enfrentamos al *derecho comunitario* que es propio de un sistema de integración, las decisiones de los órganos de la comunidad, y el derecho comunitario proveniente de ellos, quedan *exentos de control*

constitucional, porque es presupuesto de la integración que el estado que se hace parte en ella inhibe su control interno de constitucionalidad, ya que si éste funcionara podría llegarse a declarar inconstitucional cualquier contenido del derecho comunitario, y tal resultado dislocaría la existencia, el funcionamiento y la coherencia de la comunidad supraestatal y de su derecho comunitario que, como uniforme a toda ella y a los estados miembros, no tolera que éstos se opongan a la aplicación de sus normas en sus jurisdicciones internas, ni las descalifiquen por contradicción con su derecho interno. Tanto la constitución como las normas infraconstitucionales, en cambio, son inconstitucionales si colisionan con el derecho comunitario.

La modificación de la doctrina de la supremacía constitucional en el actual derecho constitucional argentino

19. — Para aplicar las pautas recién esbozadas al derecho constitucional argentino, hay que tomar en cuenta las innovaciones que desde el 24 de agosto de 1994 ha introducido la *reforma de la constitución*.

El art. 75 inc. 22 sienta, como principio general, el de la *supralegalidad* de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola *excepción.*

La modificación ha de verse así:

a) en concordancia con el viejo art. 27, los tratados están por *debajo de la constitución,* pero

b) por *encima de las leyes,* y de todo el resto del derecho interno.

Este principio implica el abandono de la jurisprudencia de la Corte Suprema vigente hasta 1992, que no reconocía el rango supralegal de los tratados.

La *excepción* viene dada para los tratados de derechos humanos, de la siguiente manera:

a) *El mismo art. 75 inc. 22* inviste directamente de *jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos* que enumera taxativamente, pero además

b) prevé que mediante un procedimiento especial *otros tratados de derechos humanos* puedan alcanzar también *jerarquía constitucional*.

En los dos supuestos, tales tratados no entran a formar parte del texto de la constitución y quedan fuera de él, en el *bloque de constitucionalidad federal,* y comparten con la constitución *su mis-ma supremacía.* O sea, no son infraconstitucionales como los otros.

En cuanto a los *tratados de integración* a organizaciones supra-estatales, el art. 75 inc. 24 debe entenderse como remitiendo al prin-cipio general del inc. 22 que sólo confiere a los tratados *prelación sobre las leyes.* Este principio vuelve a enunciarse en el inc. 24 con referencia a las normas dictadas en consecuencia del tratado de integración (es decir, con relación al *derecho comunitario* emanado de los órganos de la comunidad supraestatal).

20. — Para tener completo el diseño de la supremacía constitucional en la relación entre la constitución y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, conviene transcribir los incisos 22 y 24 del art. 75.

Art. 75 inc. 22. "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos *tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhu-manos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.* Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la *jerarquía constitucional*."

Art. 75 inc. 24. "Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia *tienen jerarquía superior a las leyes.*

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara."

(La bastardilla es nuestra.)

21. — Un primer diagrama explicativo, que anticipa nuestra opinión personal, puede dibujarse así:

Constitución (suprema) *"MAS"*

Los once instrumentos internacionales que enumera el inciso 22 del art. 75

Una misma cúspide

Derecho infra-constitucional

La parte del inc. 22 que más conflicto interpretativo provoca en muchos autores es la que dice que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional "*no derogan* artículo alguno de la *primera parte* de esta constitución y deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos".

La tesis que rechazamos

22. — Una interpretación que no compartimos considera que la "no derogación" de los artículos de la primera parte de la constitución significa que esa primera parte —con el plexo de derechos y garantías— tiene prelación sobre los tratados de jerarquía constitucional.

En tanto, la segunda parte de la constitución se ubicaría por debajo de tales tratados.

Tal esquema viene a acoger la tesis, por nosotros rechazada, de relaciones intrajerárquicas dentro de un sistema de normas que revisten jerarquía constitucional.

Si con la constitución y los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional componemos un *bloque de constitucionalidad federal,* el gráfico de la teoría que descartamos daría este resultado:

A) Bloque de constitucio-nalidad fede-ral (Jerarquía

A')
Primer plano subordinante: la *primera parte de la constitución*

A")
Segundo plano subordinado: los *instrumentos inter-*

constitucional) *nacionales del inciso 22*

B) Derecho infraconstitucional

En este gráfico habría dos planos, que serían los siguientes: "A" (bloque) subdividido en A' y A". (El plano B ya no pertenece al bloque).

La tesis que sostenemos

23. — Lejos de estos desdoblamientos, afirmamos sintéticamente que *toda la constitución* (su primera parte más el resto del articulado) *en común con los once instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional* (más los que la adquieren en el futuro) *componen un bloque que tiene una igual supremacía* sobre el derecho infraconstitucional.

Dentro de ese bloque no hay planos superiores ni planos inferiores; o sea, forman una cabecera en la que todas sus normas se encuentran en *idéntico nivel entre sí.*

Lo diseñamos gráficamente así:

	A		A")	
	CONSTITUCIÓN		*INSTRUMEN-*	Cúspide
A) Bloque de			*TOS INTERNA-*	del orde-
constituciona-	— Primera parte	MÁS	*CIONALES*	namiento
lidad federal	— Segunda parte		del inciso 22	jurídico

Idéntica jerarquía constitucional

B) Derecho infraconstitucional

24. — Se nos dirá que la cláusula de "no derogación" de la primera parte de la constitución por los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional ha de tener algún sentido y tener algún efecto.

No obstante, tomemos en cuenta que, a continuación, dicha cláusula enuncia que tales instrumentos internacionales son *comple-mentarios.*

¿Qué podemos inferir de la coordinación entre las dos pautas: la "no derogación" y la "complementariedad"?

a) Vamos a resumirlo. ¿Qué significa la "no derogación"?

Es una pauta hermenéutica harto conocida la que enseña que en un conjunto normativo (para el caso: la constitución "más" los instrumentos dotados de jerarquía constitucional) que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, *todas las normas y todos los artículos* de aquel conjunto *tienen un sentido y un efecto,* que es el de *articularse en el sistema* sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se lo considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este "algo" de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el "algo" que se atribuye a otro o a otros.

b) Pasemos a la "complementariedad".

La tesis que pregona la inaplicación de cualquier norma de un tratado con jerarquía constitucional a la que acaso se impute oposición con alguno de los artículos de la primera parte de la constitución hace una ligazón entre la "complementariedad" de los tratados respecto de dichos artículos, y la "no derogación" de éstos por aquéllos. De este modo, le asigna a la palabra "complementarios" un sentido equívoco de accesoriedad y hasta supletoriedad, que riñe con la acepción del vocablo "complemento" y del verbo "complementar".

Complemento es lo que hace falta agregar a una cosa para que quede *completa,* pero no lo que se ubica en un plano secundario respecto de otro superior. Para nada hemos de imaginar que el nivel de lo complementario es inferior al nivel de aquello a lo que complementa. De ahí que sostener que los tratados, debido a su complementariedad respecto de los artículos de la primera parte de la constitución, no derogan a ninguno de ellos, jamás tolera aseverar que éstos pueden llegar a excluir la aplicación de un tratado ni que, en vez de conciliar lo

que pueda parecer incompatible, hay que hacer prevalecer indefectiblemente las normas que integran la primera parte de la constitución.

25. — Si a la criticada locución "*no derogan* artículo alguno de la primera parte de la constitución" hemos de darle un sentido aceptable, sólo consentimos éste: "los artículos de la primera parte de la constitución y los instrumentos internacionales a los que el inciso 22 adjudica jerarquía constitucional *componen un plexo indisociable* de derechos y garantías, en el que ninguna norma del primer sector hace inaplicable a una o más del otro sector, y viceversa; la *complementariedad* del segundo respecto del primero significa que le proporciona *completitud* y que nunca puede resultar inocuo".

En síntesis, *ni los artículos de la primera parte de la constitución "derogan" o dejan sin efecto a normas internacionales de su mismo rango, ni éstas perturban a aquéllos,* porque unos y otras, dentro del sistema de derechos al que como fuente alimentan con igual jerarquía, forman un conjunto coherente, insusceptible de desgajar, o desarticular o dividir con supuestas incompatibilidades, oposiciones o contradicciones.

III. LAS RELACIONES ENTRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El panorama después de la reforma de 1994

26. — Después de la quizá minuciosa explicación antecedente, hay que trasladar conclusiones desde nuestro enfoque de la supremacía al del control de constitucionalidad. Todo ello, a la luz de la reforma de 1994.

a) La paridad que asignamos a *todo el conjunto normativo de la constitución con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional* (los once enumerados en el art. 75 inc. 22 más los que la adquieran en adelante) *impide declarar inconstitucionales:*

a') a norma alguna de la constitución (en cualquiera de sus partes) en relación con instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional;

a") a norma alguna de dichos instrumentos en relación con normas de la constitución (en cualquiera de sus partes);

a''') por ende, toda aparente oposición ha de superarse a tenor de una interpretación armonizante y congruente, en la que se busque seleccionar la norma que en su aplicación rinda resultado más favorable para el sistema de derechos (integrado por la constitución y los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional), en razón de la mayor valiosidad (pero no supremacía normativa) que el sistema de derechos ostenta respecto de la organización del poder.

b) El bloque encarado en el anterior inc. a) y sus subincisos obliga a *controlar* todos los sectores del *derecho infraconstitucional*, y a *declarar inconstitucional* toda norma que en él sea infractoria de la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

c) Los tratados internacionales que *no gozan* de jerarquía constitucional, como inferiores que son, quedan sometidos a *control* (aun cuando en nuestra tesis, ello sea incoherente y discrepante con el principio de primacía del derecho internacional sobre todo el derecho interno, que expusimos en el nº 17).

d) Por lo dicho en el precedente inc. c), también son *controlables* los *tratados de integración* a organizaciones supraestatales, y las normas que son consecuencia de ellos —derecho comunitario— (con igual reserva personal que en el inc. c).

e) Todo el *derecho infraconstitucional*, a partir de las leyes, también debe ser *controlable* en relación con los tratados sin jerarquía constitucional, porque el principio general aplicable a este supuesto es el de la superioridad de los tratados sobre las leyes y, por ende, sobre el resto del ordenamiento sublegal.

27. — Una vez que tenemos en claro que entre los tratados internacionales la reforma de 1994 ha introducido el desdoblamiento entre algunos que —ver-sando sobre derechos humanos— tienen la misma jerarquía que la

constitución, y otros —de cualquier materia— que solamente son superiores a las leyes (y, por ende, inferiores a la constitución), es menester que hagamos otra reserva personal.

Para ello, tomamos en consideración a los tratados que son *infraconstitucionales.*

Bien que a la constitución se le otorgue supremacía sobre esos tratados, estamos ciertos de que cuando nuestro estado se hace parte en un tratado y lo incorpora a nuestro derecho interno, ni siquiera una reforma futura a la constitución puede contrariar al tratado. Es un caso curioso de un *límite heterónomo* o *externo* que el estado asume, acepta y reconoce a su propio poder constituyente futuro.

La aludida curiosidad radica en que una norma *inferior* a la constitución —como es la de un tratado internacional sin rango constitucional— puede originar *inconstitucionalidad* en una norma *superior* que le resulte contraria.

Siempre hemos estado acostumbrados a verificar y detectar la inconstitu-cionalidad cuando normas de nivel inferior se oponen y violan a normas de un plano superior que las subordinan. En nuestro ejemplo reciente, una norma de nivel inferior —tratado— engendraría inconstitucionalidad en normas de un plano superior —constitución—.

El fenómeno se asimila fácilmente cuando con agilidad se concede a los tratados la naturaleza de una *fuente* que, al ingresar su producto al derecho interno, implanta en él un *límite heterónomo* que alcanza hasta condicionar al propio poder constituyente.

Nuestra tesis puede, en suma, resumirse así: *Fuentes externas* al estado como son, en cuanto fuentes internacionales, los *tratados*, introducen su contenido en el derecho interno, y aun cuando dentro de éste tal contenido se sitúe en un nivel inferior al de la constitución, funciona como un *límite heterónomo* que es capaz de invalidar por *inconstitucionalidad* a normas *superiores* que sean violatorias del tratado.

28. — La innovación que esta tesis introduce en la teoría de la supremacía de la constitución y en el concepto del poder constituyente es trascendental; la supremacía constitucional ya no da pie para negar inconstitucionalidades que puedan provenir de violación a un tratado internacional por parte de enmiendas que el poder constituyente incorpore a un posterior texto constitucional.

Las materias controlables

29. — Averigüemos ahora sobre qué materias (normas y actos) opera el control en cada rubro.

Previamente, debemos señalar que, en general, nadie niega que la constitución en cuanto fuente primaria prevalece sobre *todo* el orden jurídico-político del estado. En cambio, hay doctrina y jurisprudencia que niegan el control en algunas materias. Esto significa que, para tales materias exentas de control de constitucionalidad (que se llaman “cuestiones políticas” no judiciables), si bien se afirma el principio de la supremacía constitucional, no se remedia la eventual violación a la misma. Las materias controlables son:

a) Las *constituciones provinciales.* Su control funciona en el derecho vigente.

b) *Las leyes.* Su control funciona en el derecho vigente.

c) *Los tratados internacionales sin jerarquía constitucional.* Su control funciona en el derecho vigente (ver nº 26).

d) Los *decretos, reglamentos,* y actos administrativos de contenido general. Su control funciona en el derecho vigente.

e) Los *actos políticos* y de *gobierno.* Su control *no* funciona en el derecho vigente, en el que queda inhibido por aplicación de la doctrina de *las cuestiones políticas no judiciables.*

f) Los *actos administrativos* individuales. Su control funciona en el derecho vigente.

g) Las *sentencias.* Su control funciona en el derecho vigente (un ejemplo típico lo encontramos en el control de sentencias por arbitrariedad).

h) La *actividad de los particulares*. Su control funciona en el derecho vigente (un ejemplo típico lo encontramos en las acciones de amparo contra actos de los particulares que violan derechos individuales reconocidos en la constitución).

i) La *reforma* de la constitución, como competencia del poder constituyente derivado. Su control *no* funciona en el derecho vigente, en el que queda inhibido por aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas no judiciables.

De este repertorio deducimos un triple agrupamiento de materias:

1º) *Actividad del poder estatal:* incisos a) a g) inclusive, con las reservas expuestas en el inciso e);

2º) *Actividad privada* de los particulares: inciso h);

3º) *Actividad del poder constituyente derivado:* inciso e), con la reserva en él consignada.

30. — Las interpretaciones que han retraído el control en materias donde nosotros creemos que debería ejercerse, significan *mutaciones* constitucionales que, en la constitución material, retacean la eficacia del principio de supremacía, y declinan la función judicial de revisión de constitucionalidad.

Cuando la doctrina y la jurisprudencia que criticamos afirman que una cuestión queda exenta de control constitucional porque es política y, en consecuencia, también es "no judiciable", no fundamentan la no justiciabilidad con el argumento de que en esa área la constitución carezca de supremacía, pero de todas maneras dicha supremacía queda menoscabada al no existir el instrumento garantista de revisión para juzgar si ha sido o no violada.

31. — Un supuesto que conviene aclarar como muy excepcional, y que no nos merece rechazo, difiere de los anteriores en los que la judiciabilidad y el control se descartan so pretexto de la cuestión "política".

Este nuevo supuesto se configura cuando, con claridad, se advierte que una determinada competencia del congreso o del poder ejecutivo le ha sido conferida por la constitución para que la ejerza de *modo definitivo, final y último,* sin interferencia alguna del poder judicial.

Un ejemplo lo dio la Corte Suprema cuando en 1994 juzgó el caso "Nicosia". Un juez federal destituido por el senado dedujo ante ella recurso extraordinario, a raíz de lo cual el tribunal dejó sentado que la decisión de fondo que adoptó el senado al destituir era facultad que la constitución le otorga de manera definitiva; pero, al contrario, sostuvo que caía bajo control judicial de constitucionalidad la cuestión referente a la existencia de dicha facultad, a la extensión de su ejercicio, y a las formas y los requisitos que la constitución le prescribe para ello.

Una diferencia entre "cuestión constitucional", "cuestión política" y control

32. — En primer lugar, cuando postulamos que (sobre la base clara del art. 116) en *"toda" causa que versa sobre puntos regidos por la constitución* hay "cuestión judiciable" (o materia sujeta a decisión judicial) presuponemos que la "cuestión *constitucional*" sometida a decisión judicial debe hallarse inserta en un *proceso* judicial ("causa"). La "cuestión *constitucional*" es, por ende, una cuestión que por su *materia* se refiere a la constitución, y que se aloja en una "causa" judicial.

En segundo lugar, y por lo dicho, creemos que no debería denominarse "cuestión política *no judiciable*" a aquella cuestión en la que *falta la materia* propia de la cuestión constitucional. ¿Y cuándo falta? Es bueno proponer un ejemplo. Si digo que la declaración y el hecho de la guerra internacional no son judiciables, quiero seguramente decir que los jueces no pueden declarar que la guerra es inconstitucional. Si, en cambio, digo que la declaración y la puesta en vigencia del estado de sitio debe ser judiciable, quiero decir que los jueces pueden y deben (aunque la Corte lo niega) examinar en causa judiciable si, al declararlo y ponerlo en vigor, se ha violado o no la constitución.

¿Por qué esa diferencia? Ocurre que en el caso de la guerra, la constitución *solamente* exige que la declare el ejecutivo con autorización del congreso, pero nada dice sobre los casos, causas, oportunidades y condiciones que hacen procedente la declaración y realización de la guerra; entonces, cuando constitucionalmente la guerra está bien declarada, los jueces no tienen materia que sea objeto de su control.

En cambio, en la declaración del estado de sitio (y en la intervención), las normas de la constitución (art. 23 y 6º, respectivamente) marcan un cuadro bien concreto de causas, ocasiones, condicionamientos (aparte de la competencia decisoria de los órganos llamados a declarar el estado de sitio o a intervenir una provincia —art. 75 incs. 29 y 31, y art. 99 incs. 16 y 20—). De ahí que si tales órganos hacen la declaración o intervienen violando aquel marco condicionante, violan también la constitución; y en ese campo aparece, claramente, la "cuestión constitucional", sobre la cual recae —en causa judicial— la función de controlar si la constitución ha sido o no transgredida.

El control del derecho extranjero aplicable en jurisdicción argentina

33. — Mientras se acepta que el derecho internacional privado interno está subordinado a la constitución, y recibe el control judicial de constitucionalidad, hay opiniones que no admiten ese control sobre el *derecho extranjero* llama-do por aquél a aplicarse en jurisdicción argentina por nuestros tribunales. Nosotros entendemos, a la inversa, que normas del derecho extranjero que de acuerdo al derecho internacional privado se tornan

aplicables por nuestros tri-bunales, deben someterse al control de constitucionalidad, y en caso de incompatibilidad con nuestra constitución deben ser declaradas inconstitucionales, con el efecto consiguiente de desaplicación.

El control de constitucionalidad "a favor" del estado por "acto propio"

34. — El control de constitucionalidad es, primordialmente, una *garantía de los particulares "contra" o "frente" al estado,* para defenderse de sus actos o normas inconstitucionales. Es poco concordante con su sentido y su finalidad que el estado arguya la inconstitucionalidad de sus propios actos y normas contra los particulares, porque no es una garantía del estado frente a los gobernados. La doctrina y el mecanismo del control no se instituyeron con ese alcance.

Hay jurisprudencia de la Corte —reiterada en el caso "Ribo, Carlos A. c/Estado Nacional", del 28 de julio de 1988— en la que el tribunal sostiene que el estado no está legitimado para plantear la inconstitucionalidad de una norma dictada por él mismo.

La supremacía y el derecho judicial de la Corte Suprema

35. — Mucho más adelante explicaremos que, en nuestra opinión, la interpretación judicial que de la constitución hace la Corte Suprema en sus sentencias cuando aplica sus normas, tiene el mismo rango de la constitución interpretada. Decimos que, en el derecho constitucional material, se trata de la *constitución "más" la interpretación* que de ella hace el derecho judicial de la Corte. Este "más"implica componer una unidad con la sumatoria.

De ahí en adelante, son numerosos los efectos que cabe proyectar. Sólo los insinuamos.

Puede —por ejemplo— afirmarse que el derecho judicial participa de la misma supremacía de la constitución a la que interpreta y aplica; que ningún tribunal en sede interna puede declarar inconstitucional la interpretación constitucional de la Corte; que las leyes no pueden prescindir de ella o violarla (suprimiendo, por ejemplo, el amparo, o el control judicial de la actividad jurisdiccional de la administración); que los tribunales inferiores (federales y provinciales) tienen que prestar seguimiento a la misma interpretación constitucional, etc. (ver nº 54).

La inconstitucionalidad como efecto de actividad lícita del estado

36. — Hasta ahora la doctrina de la supremacía constitucional, y su efecto aplicativo, que es el control de constitucionalidad y la eventual declaración de inconstitucionalidad, han tomado como presupuesto necesario, o al menos habi-tual, que las *violaciones* a la constitución y las consiguientes *inconstitucionali-dades* implican infracciones, ilicitudes, antijuridicidad, nulidad, etc.

No obstante, concurre una hipótesis distinta, a la que sucintamente hay que prestarle atención.

Es el caso de normas o actividades *lícitas y legítimas* que en sí mismas *no son inconstitucionales*, pero cuyos *efectos* pueden, en algún caso, causar *daño* a derechos de terceros. No es errado afirmar, entonces, que en ese efecto dañino hay una *inconstitucionalidad* derivada de una norma o una actividad *lícitas.*

En estos supuestos *el estado debe responder por su actividad lícita, reparando el daño* mediante adecuada indemnización a favor de quien lo sufre.

Un interesante caso en que la Corte Suprema acogió el resarcimiento por parte del estado a favor de una persona que, por el cambio producido con la adopción de una nueva política económica —en sí lícita—, sufrió perjuicio en derechos adquiridos al amparo de la política anterior que fue sustituida por otra, se registra en la sentencia recaída con fecha 15 de mayo de 1979 en los autos "Cantón Mario c/Gobierno Nacional".

Estas tesis puede darse por incorporada a nuestro derecho constitucional material.

Tal vez no resulte tan curiosa si se piensa que la expropiación prevista en el art. 17 de la constitución es, sin duda, una actividad legítima del estado expropiante, no obstante lo cual, por la afectación que como efecto origina a la propiedad del expropiado, éste tiene derecho a indemnización.

La inconstitucionalidad en el tiempo

37. — Cuesta imaginar que la constitucionalidad y la inconstitucionalidad varíen en el tiempo. Sin embargo, son muchos los casos en que el fenómeno acontece. Veremos solamente algunas hipótesis.

a) Una norma puede ser constitucional tanto cuando se la "pone" en el orden normológico como durante cierto lapso posterior, y después *volverse inconstitucional.* Por ejemplo, por un cambio en la realidad económica, una ley que fija porcentajes o coeficientes para actualizar deudas en una época de inflación que luego, al agudizarse, agrava la depreciación monetaria y hace insuficientes tales porcentajes o coeficientes porque no mantiene el valor real de la suma a pagar.

b) Una norma puede ser *simultáneamente constitucional e inconstitucional* según el ámbito donde se aplica. El ejemplo típico es el de la ley provincial que obliga a efectuar un reclamo administrativo antes de demandar a la provincia; la norma es constitucional cuando se trata de demandar a la provincia ante sus propios tribunales

provinciales, y es inconstitucional cuando la demanda contra la provincia debe entablarse ante la jurisdicción federal (porque una ley local no puede condicionar la justiciabilidad de las provincias en jurisdicción federal, ya que la regulación de tal jurisdicción escapa a la competencia local).

c) Otros casos de inconstitucionalidad *sobreviniente* pueden configurarse cuando: c') se realiza una *reforma* constitucional, y normas anteriores que son incompatibles con el nuevo texto constitucional se vuelven inconstitucionales, aunque no lo hayan sido con respecto a la constitución antes de su enmienda; c") se ratifica un *tratado* internacional, porque leyes anteriores que son incompatibles con él también se tornan inconstitucionales.

d) El *cambio temporal de las valoraciones sociales* en torno de determinadas cuestiones también es capaz de convertir en inconstitucional una norma que antes no lo era porque coincidía con las valoraciones de su época. Pero para que esto ocurra creemos que acerca de la cuestión enfocada por tales valoraciones sucesivamente distintas hace falta que haya en la constitución alguna pauta normativa. Así, habiendo normas constitucionales sobre la igualdad, bien pudo decirse que cuando las valoraciones colectivas reputaron que el monopolio del sufragio por los varones privaba a las mujeres de un igual derecho electoral, la ley negatoria del voto femenino fue susceptible de reprobarse como inconstitucional (ver cap. II, nº 16 b).

La inconstitucionalidad "por omisión" y su control

38. — Así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la constitución porque se hace algo que ella prohíbe, hay que rescatar la noción importantísima de que también *hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer.* Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos "inconsti-tucionalidad *por omisión*".

Para detectarla hay que examinar en cada caso si la obligación de "hacer" que impone la constitución (por ej., legislar en tal o cual materia) viene exigida inmediatamente o está condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber, etc.

Por lo menos en las omisiones inconstitucionales que lesionan *derechos subjetivos* (por ej., si no se reglamentan las cláusulas constitucionales programáticas que los reconocen) es menester divulgar la idea de que sobre tales omisiones debe recaer el control de constitucionalidad que las subsane, en resguardo de la supremacía, y en beneficio del titular del derecho que por la misma omisión sufre perjuicio.

La inconstitucionalidad por omisión ha sido objeto de previsión en la constitución de la provincia de *Río Negro* de 1988, cuyo art. 207 contiene el supuesto remedio mediante acción judicial.

El control constitucional por omisión tal como lo pretendemos nosotros no funciona con ejemplaridad en nuestro derecho constitucional material.

Acabamos de citar como excepción a la constitución rionegrina. También conviene advertir que, de alguna manera, ha operado cuando la Corte Suprema ha dispuesto en juicios de amparo actualizar las remuneraciones de los jueces que, a causa de la inflación, vieron disminuido su valor económico; en este caso, al ordenar el reajuste, tenemos que entender que reputó inconstitucional la omisión configurada mientras dicho reajuste no había sido arbitrado espontáneamente por los órganos de poder competentes.

Cuando en 1992 la Corte Suprema encaró el tema de los tratados interna-cionales dentro de nuestro derecho interno, tuvo ocasión en la sentencia recaída el 7 de julio de ese año en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" de puntualizar pautas que, en alguna forma, guardan conexión con la omisión inconstitucional. Dijo entonces la Corte: "La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significaría el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse".

De esto inferimos que como los tratados prevalecen sobre las leyes, el incumplimiento de un tratado por omisión legislativa puede asimilarse a una omisión inconstitucional.

IV. LA ORGANIZACIÓN DEL CONTROL

Los sistemas posibles de control

39. — Una vez conocido el alcance de la doctrina de la supremacía constitucional y del control consiguiente, hemos de ocuparnos específicamente del sistema de control en cuanto al *órgano*, en cuanto a las *vías,* y en cuanto a los *efectos.* Lo haremos en el marco de la teoría constitucional general.

A) 40. — Por el *órgano* que toma a su cargo el control, los dos sistemas principales son:

a) El *político*, en el que dicho control está a cargo de un órgano político (por ej.: el Consejo Constitucional en la constitución de Francia de 1958, o el senado en la de 1852 del mismo país).

b) El *jurisdiccional*, en el que dicho control se moviliza dentro de la administración de justicia o poder judicial. El sistema *jurisdiccional* puede, a su vez, subdividirse en:

b') *difuso*, cuando cualquier órgano jurisdiccional —y todos— pueden ejercer el control (por ej. en Estados Unidos);

b'') *concentrado*, cuando hay un órgano jurisdiccional único y específico, al que se reserva la competencia exclusiva de ejercer el control (por ej.: Italia, Uruguay, España, etc.); (a veces, ese órgano jurisdiccional no forma parte del poder judicial, sino que se considera un órgano extrapoder, como en Italia);

b''') *mixto*, cuando tanto un tribunal constitucional como los jueces ordinarios invisten competencia, cada cual mediante diversas vías procesales (por ej.: Perú y Colombia).

B) 41. — Las *vías procesales* mediante las cuales puede provocarse el control constitucional de tipo jurisdiccional son fundamentalmente las siguientes:

a) La vía *directa*, de *acción* o de *demanda*, en la cual el proceso se promueve con el objeto de atacar la presunta inconstitucionalidad de una norma o un acto.

b) La vía *indirecta, incidental* o de *excepción*, en la cual la cuestión de constitucionalidad se articula o introduce en forma incidental dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la posible declaración de inconstitucionalidad, sino otro distinto.

c) La *elevación del caso* efectuada por el *juez* que está conociendo de un proceso, a un órgano especializado y único para que resuelva si la norma que debe aplicar es o no inconstitucional.

Trasladando tales vías a un supuesto hipotético decimos que si —por ej.— en un país se dicta una ley estableciendo un impuesto a los propietarios de automotores, la vía directa permite a quien se considera agraviado por dicha ley deducir una demanda de inconstitucionalidad aun antes de tener que cumplir con la obligación fiscal, para que en ese proceso se declare si la ley es o no inconstitucional; la vía indirecta requiere, al contrario, que el presunto agraviado pague el impuesto o se deje demandar por el fisco, y que en ese proceso se articule incidentalmente y a modo de defensa la cuestión de constitu-cionalidad para obtener el reintegro de lo pagado o para que se lo exima del pago pretendido; la vía por elevación del caso implica que el mismo planteo señalado en el supuesto de la vía indirecta obliga al juez de la causa a desprenderse transitoriamente de la misma elevándola al órgano único de jurisdicción concentrada que tiene a su cargo el control, el que una vez emitido el pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley a aplicarse devuelve el proceso al juez de origen para que dicte sentencia.

Dentro de la vía directa cabe la variante de la llamada *acción popular*, en la cual quien demanda puede ser *cualquier* persona, aunque no sufra agravio con la norma impugnada.

42. — Interesa también averiguar cuál es el *sujeto* que está legitimado para provocar el control. Ese sujeto puede ser:

a) El *titular* de un derecho o un interés legítimo que padece agravio por una norma o un acto inconstitucionales.

b) *Cualquier persona* (una sola o un número mínimo exigido por el régimen vigente), en cuyo caso la vía es directa y se llama acción popular.

c) El *ministerio público*.

d) Un *tercero* que no es titular de un derecho o interés legítimo personalmente afectados, pero que debe de algún modo *cumplir* la norma presuntamente inconstitucional, que no lo daña a él pero que daña a otros relacionados con él (por ej.: el empleador que debe retener del sueldo de su empleado una cuota destinada como contri-bución sindical a una organización gremial, podría impugnar la constitucionalidad de la norma que lo obliga a actuar como agente de retención, aun cuando el derecho patrimonial afectado no es el del empleador sino el del empleado). (Ver nº 51).

e) El *propio juez de la causa* que la eleva en consulta al órgano encargado del control para que resuelva si la norma que ese juez debe aplicar en su sentencia es o no constitucional.

f) El *defensor del pueblo* u ombudsman.

g) Determinados *órganos del poder* o, de ser éstos colegiados, un determinado número de sus miembros.

h) Las *asociaciones* cuyo fin atiende a la defensa de derechos o intereses de personas o grupos.

Esta enumeración obliga a individualizar en cada sistema cuál es la vía procesal para la cual se habilita a uno o más sujetos como legitimados para provocar el control.

43. — Fuera de causas judiciables, en los regímenes donde existen otros tipos de control, se admiten *consultas o requerimientos* formulados al órgano encargado del control por otro órgano, a fin de que se pronuncie sobre la constitucionalidad de normas o actos. En ese supuesto, el órgano que puede solicitar el control es también un sujeto legitimado para provocarlo.

C) 44. — Por fin, los *efectos* del control pueden agruparse en dos grandes rubros:

a) cuando la sentencia declarativa de inconstitucionalidad sólo implica *no aplicar* la norma en el caso resuelto, el efecto es *limitado, restringido o "inter-partes"* ("*entre* partes"), dejando subsistente la vigencia normológica de la norma fuera de ese caso;

b) cuando la sentencia *invalida* la norma declarada inconstitucional *más allá del caso,* el efecto es *amplio, "erga omnes"* ("contra todos") o *"extra-partes"*. Este efecto puede revestir dos modalidades:

b') que la norma inconstitucional quede automáticamente *derogada;* o,

b'') que la sentencia irrogue *la obligación de derogar* la norma inconstitucional por parte del órgano que la dictó.

Sin estar institucionalizado el sistema de efecto amplio o erga omnes, puede ocurrir que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, cuyo efecto se *limita* al caso, adquiera *ejemplaridad* y funcione como *modelo* que suscite *seguimiento,* en cuyo caso la fuente judicial, *sin derogar la norma,* consigue que el precedente se reitere, o que voluntariamente el órgano que dictó la norma la derogue. De existir un sistema de *jurisprudencia vinculatoria,* que obliga a determinados órganos judiciales a acatar la sentencia dictada en un caso, se acentúa el rigor del efecto que acabamos de mencionar.

Los sistemas de control en nuestro derecho constitucional (federal y provincial)

45. — En el *derecho constitucional federal* de nuestro país, podemos sistematizar el control de la siguiente manera:

A) En cuanto al *órgano* que lo ejerce, el sistema es *jurisdiccional difuso,* porque todos los jueces pueden llevarlo a cabo, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema como tribunal último por vía del recurso extraordinario legislado en el art. 14 de la ley 48.

Sólo el poder judicial tiene a su cargo el control; en un importante fallo, la Corte Suprema decidió, en el caso "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/Provincia de Salta", del 8 de noviembre de 1967, que cualesquiera sean las facultades del poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de éstas, porque el *poder judicial* es, en última instancia, el *único habilitado* para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. El principio constitucional conforme al cual la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia, resulta imperativo —según la Corte— tanto para el estado federal como para las provincias.

46. — Nuestro régimen conoció transitoriamente un sistema de *control político* parcial entre 1853 y 1860. En efecto, el texto originario de 1853, hasta su reforma en 1860, atribuía al congreso federal la revisión de las constituciones provinciales antes de su promulgación, pudiendo reprobarlas si no estaban conformes con los principios y disposiciones de la constitución federal. Tal mecanismo era político en cuanto al órgano que controlaba —el congreso—, y parcial en cuanto a la materia controlada —únicamente las constituciones provinciales—.

47. — El control constitucional y la declaración de inconstitucionalidad como propios del poder judicial plantean el problema de si los *tribunales administrativos* pueden, en ejercicio de su función jurisdiccional, ejercer ese control y emitir declaraciones de inconstitucionalidad desaplicativas de las normas que descalifique, pese a no formar parte del poder judicial. En nuestra opinión sólo pueden hacerlo si *una ley los habilita.*

B) 48. — En cuanto a las *vías procesales* utilizables en el orden federal, no existe duda de que la vía *indirecta, incidental* o de *excepción* es hábil para provocar el control. Lo que queda por dilucidar es si se trata de la *única* vía, o si juntamente con ella es posible emplear la vía directa o de acción en algunas de sus modalidades.

Para esclarecer el punto, creemos útil trazar una divisoria cronológica en el derecho judicial de la Corte. Nos parece que esa línea gira en torno del *año 1985.*

Hasta esa fecha, era común afirmar que la *única vía* para promover el control era la *indirecta*, con base en que el art. 2º de la ley 27 prescribe que los tribunales federales sólo ejercen jurisdicción en "casos contenciosos".

El perfil que se daba entonces al "caso contencioso" de la ley 27 era muy rígido; sólo configuraba un caso de esa índole —en el que incidental e indirectamente podía promoverse el control— aquél en que partes contrapuestas disputaban intereses contrarios con posibilidad de llegarse a una sentencia "de condena" que reconociera un derecho a cuya efectividad obstaran las normas que se impugnaban como inconstitucionales (la expresión "sentencia de condena" no se limitaba a la que imponía una condena penal).

En 1985 se empieza progresivamente a elastizar el concepto rígido de "caso contencioso" —aunque sin abandonarlo del todo— y a admitir la existencia de *acciones de inconstitucionalidad* (o vías directas), aunque al día de hoy nunca se ha llegado a aceptar entre estas últimas a la acción declarativa de inconstitucionalidad pura.

Además, y por supuesto, *sigue subsistente la vía indirecta.*

49. — Si nos atenemos al vocabulario usado en la actual jurisprudencia de la Corte, empezamos recordando que ahora la Corte afirma que en el *orden federal hay acciones de inconstitucionalidad.* ¿Cuáles son?

La Corte las ejemplifica: a) la acción de *amparo* y de *habeas corpus* (que existían desde mucho antes de 1985, pero no eran expresamente definidas por la Corte como acciones de inconstitucionalidad); b) la *acción declarativa de certeza* del art. 322 del código procesal civil y comercial (con esta acción la Corte consiente ahora que puedan plantearse en forma directa cuestiones de inconstitucionalidad en el ámbito del derecho público, con aptitud para ser resueltas por los jueces, y hasta la misma Corte la ha aceptado en jurisdicción originaria y exclusiva de ella); con la acción declarativa de certeza es viable obtener una *sentencia declarativa de inconstitucionalidad* de normas generales, la cual sentencia —por ser declarativa— no es una sentencia de condena, lo cual modifica ya en mucho la primitiva jurisprudencia anterior a 1985, porque desde ahí en adelante se interpreta que la acción declarativa de certeza impulsa la promoción de un "caso contencioso" entre las partes cuya relación jurídica debe adquirir la certeza que no tiene; c) el *juicio sumario de inconstitucionalidad;* d) el *incidente de inconstitucionalidad* que se forma de *modo anexo a una denuncia penal* para discutir en él una cuestión constitucional.

50. — En síntesis, y de acuerdo a nuestra personal interpretación del derecho judicial actual, decimos que: a) ahora se tiene por cierto que *hay acciones de inconstitucionalidad;* pero b) *no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad pura,* es decir, sigue no habiéndolas.

C) 51. — Como sujeto *legitimado* para provocar el control, ante todo se reconoce al *titular actual de un "derecho"* (propio) que se pretende ofendido.

También es admisible reconocer legitimación al titular de un *interés legítimo* que no tiene calidad de derecho subjetivo.

El interés que puede tener un *tercero* en impugnar como inconstitucional una norma que él debe cumplir (sin que se agravie a un derecho "suyo") no es aceptado por la Corte para investirlo de legitimación con la promoción del control. (Ver, por ejemplo, el fallo de julio 26 de 1984 en el caso "Centro de Empleados de Comercio c/Mois Chami S.A.".) Estamos en desacuerdo con este criterio porque quien "debe" cumplir una norma (por ej., la que obliga a actuar como agente de retención) ha de estar habilitado para cuestionar su constitucionalidad, aunque la misma norma y su cumplimiento no le afecten en sus derechos personales, ya que el obligado tiene interés "actual" en que su obligación no sea inconstitucional. (Ver nº 42 d.)

En 1992 el fallo de la Corte en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" introdujo una importante novedad al acoger en un amparo el derecho de rectificación y respuesta a favor de quien se había sentido mortificado y agraviado en sus convicciones religiosas por expresiones vertidas por un tercero en un programa de televisión. Allí admitió un "derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional", que también era indudablemente compartido por muchos otros —ajenos al juicio— que participaban del mismo sistema de creencias religiosas

ofendidas, por lo que sostuvo que quien replicaba primero en el tiempo asumía una suerte de "representación colectiva" de todos los demás.

52. — Con la *reforma constitucional de 1994,* el art. 43 que regula el amparo, el habeas data y el habeas corpus, abre una interpretación holgada.

Es así, como mínimo, porque habilita la acción de amparo "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los *derechos de incidencia colectiva en general".* De inmediato señala quiénes son los sujetos legitimados para interponer la acción de amparo, y dice:

"el *afectado,*

el defensor del pueblo y

las asociaciones que propendan a esos fines…".

Como según lo explicaremos a su tiempo, este párrafo del art. 43 prevé y da por reconocidos a los llamados *intereses difusos, intereses colectivos, intereses de pertenencia difusa, derechos colectivos* o, con la propia fórmula de la norma: "derechos de incidencia colectiva en general".

A efectos de su tutela mediante amparo, la trilogía de sujetos legitimados para provocar el control por vía directa amplía explícitamente lo que hasta entonces no siempre era admitido.

En efecto, "el afectado" no es el titular único y exclusivo del derecho o el interés que alega, porque es uno entre varios o muchos, con quienes comparte lo que hay de común o colectivo en ese derecho o interés, y sólo invoca su porción o "cuota-parte" en carácter de situación jurídica subjetiva dentro de la cotitularidad múltiple (ver nº 59).

Se añade, como vimos, el *defensor del pueblo,* y las *asociaciones.* En cuanto a éstas, el amparo denominado "colectivo" se asemeja a lo que en el derecho comparado se suele llamar "acciones de clase".

D) 53. — En cuanto al *efecto,* la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se *limita al caso resuelto,* descartando la aplicación de la norma a las partes intervinientes en él, y dejando subsistente su vigencia normológica fuera del caso.

No obstante, la ejemplaridad de las sentencias de la Corte Suprema las proyecta normalmente más allá del caso, no produciendo la derogación de las normas declaradas inconstitucionales, pero logrando *reiteración* del precedente en la jurisprudencia de la propia Corte y de los demás tribunales.

Este efecto de imitación espontánea es el que intensifica el valor del derecho judicial como *fuente.*

54. — En nuestra particular opinión, creemos que cuando la Corte interpreta la constitución y cuando ejerce control de constitucionalidad, los demás tribunales federales y provinciales deben acatar las normas generales que surgen de su jurisprudencia (como derecho judicial vigente por su ejemplaridad) cuando fallan casos similares. Aplicamos así el adagio que dice: "La constitución *es* lo que *la Corte 'dice que es'* " (ver nº 35).

Las variables del control en el derecho público provincial

55. — *En el derecho constitucional provincial* encontramos algunos caracteres diferenciales.

a) En cuanto al *órgano,* el sistema es siempre *jurisdiccional difuso.* Pero en las provincias donde existe, además de *vía indirecta,* la vía directa o de acción, ésta debe articularse ante el Superior Tribunal provincial, con lo cual tenemos también sistema jurisdiccional *concentrado.* Las provincias no pueden negar —no obstante— el uso de la vía indirecta.

En consecuencia, podemos decir que para la *vía indirecta* el sistema es *jurisdiccional difuso,* y para la *directa, jurisdiccional concentrado.*

b) En cuanto a las vías, *muchas provincias admiten la vía directa,* de acción o de demanda. Así —por ej.— Buenos Aires, Santiago del Estero, Chaco, Misiones, Neuquén, etc.

La constitución de Tucumán establece un Tribunal Constitucional.

c) En cuanto a los *efectos,* hallamos asimismo en *algunas* el efecto *amplio o erga omnes,* que produce la abrogación de la norma declarada inconstitucional. Las modalidades son variables, y van desde la derogación de la norma que el Superior Tribunal de la provincia declara inconstitucional, hasta el supuesto más moderado de vinculatoriedad de la jurisprudencia del Superior Tribunal, que se torna de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores de la provincia, pasando por sistemas en los que el efecto *erga omnes* de las sentencias del Superior Tribunal que declaran inconstitucional una norma general no se producen con la primera sentencia, sino

con otras posteriores que la reiteran, más la particularidad de que en algunas provincias esa reiteración deroga automáticamente la norma invalidada, y en otras es optativo para el Superior Tribunal asignar ese efecto.

56. — Cuando el derecho público provincial confiere a la declaración de inconstitucionalidad emanada de tribunales locales un efecto amplio —por ej., derogatorio de la norma descalificada como inconstitucional— es menester afirmar que tal efecto jamás puede producirse respecto de normas emanadas del gobierno federal (por ej., leyes del congreso), porque si se produjera asistiríamos a la incongruencia de que un tribunal provincial pudiera, mediante declaración de inconstitucionalidad, privar de vigencia normológica a normas generales del gobierno federal, lo cual equivaldría a una especie de "nulificación" propia de las confederaciones y no del estado federal.

57. — El diseño precedente corresponde al control que en jurisdicción de las provincias y a cargo de sus tribunales locales se ejerce sobre el derecho provincial inferior a la constitución también provincial.

Cuando en uno de esos procesos en jurisdicción de provincia y a cargo de sus tribunales se inserta también una *cuestión constitucional federal,* hay que tener presente la muy lógica pauta obligatoria que tiene impuesta la jurisprudencia de la Corte Suprema, en el sentido de que los tribunales provincia- les deben resolverla —y así, por ejemplo, lo prevé la constitución de San Juan—, con el agregado de que si se pretende finalmente acudir a la Corte Suprema mediante recurso extraordinario federal, es imprescindible que las instancias ante los tribunales de provincia se agoten y concluyan con sentencia del Superior Tribunal provincial.

La legitimación procesal

58. — Repetidas veces en una serie de tópicos vamos a aludir a la *legitimación*. Por legitimación entendemos, en sentido procesal, la capacidad, aptitud o idoneidad que se reconoce a un sujeto para intervenir en un proceso judicial. *Legitimación procesal activa* es la que ostenta quien actúa como actor o demandante. *Legitimación procesal pasiva* es la que corresponde a quien resulta demandado por otro.

Con ser un problema procesal, tiene una honda raíz en el derecho constitucional. En efecto, las leyes no pueden disponer discre-cionalmente quién está legitimado y quién no lo está. Y no pueden porque, en último término, si los derechos personales tienen base en la constitución, la legitimación para articular en un proceso judicial las pretensiones referidas a ellos cuenta con un techo o canon constitucional.

Para el control constitucional se nos aparece como de primera importancia el problema de la legitimación procesal, en un doble sentido: para ser reconocido como actor, como demandado, o como tercero; y para ser reconocido, independientemente de cualesquiera de esas calidades, como promotor del control.

59. — En materia de control constitucional, quien titulariza o cree titularizar un derecho o un interés legítimo, debe disponer procesalmente de *legitimación* para postularlo (sea que intervenga en el proceso como actor, como demandado, o como tercero) y para impetrar dicho *control* en resguardo del derecho o del interés propios, o lo que es lo mismo, para introducir en el proceso la cuestión constitucional que requiere control.

Si del derecho personal o del interés legítimo propio descendemos a otras categorías —como la de los *intereses difusos* o colectivos— tenemos convicción personal afianzada en el sentido de que también hay que reconocer legitimación procesal a quien tiene parte ("su" parte) en ese interés compartido por muchos o por todos, con lo que esa misma legitimación lo debe capacitar para promover el control, sea que él inicie el proceso como actor, sea que resulte demandado (ver nº 52).

Lo que tiene que quedar en claro es que estrangular la legitimación —o negarla— con el resultado de que uno o más sujetos no puedan promover el control constitucional en tutela de derechos, intereses legítimos, o intereses de pertenencia difusa que son propios de ese sujeto, implica *inconstitucionalidad.*

Incluso conviene desde ya tener en cuenta que en determinados procesos la legitimación tiene asimismo que reconocerse y conferirse con amplitud a terceros que —como en el habeas corpus— interponen la acción y formulan la cuestión constitucional en favor de otra persona que, por no estar en condiciones de hacerlo directamente (por ej., por privación o restricción en su libertad ambulatoria) merece la gestión ajena.

El marco de condicionamiento y las bases de control

60. — Tenemos que ocuparnos de describir el *marco* que condiciona y presta base al ejercicio del control.

En primer lugar, hace falta una *causa judiciable.* Nuestro control se ejerce en el marco de un *proceso judicial,* y se expresa a través de la forma normal de pronunciamiento de los jueces, que es la *sentencia.* Este requisito surge del art. 116 de la constitución, que al armar la masa de competencias del poder judicial federal, se refiere siempre a "causas" o "asuntos". De tal modo, la "cuestión *constitucional*"se debe insertar dentro de una "causa" (o proceso).

La jurisprudencia ciñe a veces demasiado el concepto de causa judicial, equiparándola a caso *contencioso, contradictorio* o *litigioso.* (Ello deriva de una interpretación sobre el art. 2º de la ley 27.) Para nosotros aquel concepto es más amplio. Basta que con referencia a una situación de hecho o de derecho, real y concreta, un sujeto interesado plantee el asunto ante un juez, dé origen a un pro-ceso y provoque con él una decisión judicial en forma de sentencia, para que haya causa judicial o judiciable, en la que puede incluirse la "cuestión *constitucional*".

Por consiguiente, dejemos bien en claro que la exigencia de causa judicial debe entenderse del siguiente modo: a) como el juez requiere que su jurisdicción sea incitada, *no puede actuar de oficio;* b) como la jurisdicción incitada da nor-malmente origen al proceso, la forma habitual de pronunciamiento judicial es la *sentencia;* c) en consecuencia, *se detrae* al juez todo lo que sea: consulta, dicta-men, declaración teórica, o general, o abstracta. En suma, no puede ejercerse el control de constitucionalidad sin causa judiciable o al margen de la misma.

Las muy raras excepciones confirman la regla.

61. — Además de causa judiciable hace falta, en segundo término, y según la jurisprudencia, que la ley o el acto presuntamente inconstitucionales causen *gravamen al titular actual de un derecho.* Por "titular actual" se entiende quien realmente ostenta un interés personal y directo comprometido por el daño al derecho subjetivo. (Por excepción, el *ministerio público* puede provocar el control en causa judiciable. En el proceso de amparo, también el defensor del pueblo y las asociaciones) (ver n$^{os.}$ 51 y 52).

Conforme al derecho judicial emergente de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el agravio constitucional no puede invocarse, o el control no puede ejercerse cuando:

a) el agravio deriva de la propia conducta discrecional del interesado;

b) ha mediado renuncia a su alegación;

c) quien formula la impugnación se ha sometido anteriormente sin reserva alguna al régimen jurídico que ataca;

d) quien formula la impugnación no es titular del derecho presuntamente lesionado (salvo los terceros legitimados para accionar).

e) no subsiste el interés personal en la causa, sea por haber cesado la presunta violación al derecho, sea por haberse derogado la norma cuya inconstitucionalidad se alegaba, etc., con lo que la cuestión judicial a resolver se ha tornado "abstracta".

62. — La jurisprudencia exige que en la causa medie *petición de parte interesada.* El titular del derecho agraviado (o el tercero legitimado para accionar) debe pedir la declaración de inconstitucio-nalidad, y por eso se dice que el control no procede "de oficio", entendiéndose acá por "de oficio" como equivalente a "control sin pedido de parte" (en tanto también las afirmación de que el control no procede de oficio quiere significar, en otro sentido, que no procede fuera o al margen de causas judiciables).

Con este requisito, la jurisprudencia estima que el juez no puede conocer ni decidir cuestiones que las partes no le han propuesto. Todavía más: en el principio judicial que comentamos creemos descubrir la noción de que si el titular del derecho no peticiona el control de constitucionalidad, se presume la *renuncia* al derecho agraviado (esta renuncia es reconocida por la Corte con respecto a derechos de índole patrimonial).

Sin embargo, discrepamos abiertamente con el recaudo de petición expresa de parte interesada. La cuestión de constitucionalidad no es una cuestión de hecho sino de *derecho.* Si en las cuestiones de hecho el juez depende de lo que las partes le alegan y prueban, en las de derecho es independiente de las partes. Le incumbe al juez la debida aplicación del derecho, y en esa selección se mueve a tenor del adagio "iura novit curia": el juez suple el derecho que las partes no le invocan o que le invocan erróneamente.

En suma, el juez depende de las partes en *lo que tiene que fallar,* pero no en *cómo debe fallar.* Por eso, el control de constitucionalidad de normas y actos que están implicados en el derecho

aplicable a la causa, debe ser efectuado por el juez en la misma causa sin necesidad de petitorio de parte interesada.

En orden a este principio de la petición de parte, hay algunas excepciones que confirman la regla. La Corte considera que sin necesidad de petición de parte, puede declararse de oficio en causa judiciable la inconstitucionalidad de normas que alteran los límites de su propia competencia —por ej.: para mantener en su dimensión constitucional la competencia originaria y exclusiva del art. 117—.

63. — En la *constitución material,* presupuestos los condicionamientos y modalidades que limitan tanto al "sistema" de control cuanto al "marco" y a las "bases" para su ejercicio, cabe observar que el control de constitucionalidad funciona, o en otros términos, que reviste vigencia sociológica.

El alcance, los caracteres y las posibilidades del control

64. — Vamos a pasar revista a los principales aspectos.

a) La jurisprudencia ha acuñado una norma de derecho judicial ya recordada, que importa una fuerte detracción. No se juzgan ni se controlan en su constitucionalidad las llamadas *cuestiones políticas* que, por tal inhibición, se denominan también "no judiciables" o "no justiciables".

Ellas son —por ej.—: la declaración del estado de sitio, la intervención federal, la declaración de guerra, las causas determinantes de la acefalía presidencial, el título del presidente de facto, la declaración de utilidad pública en la expropiación, etc.

b) El poder judicial tampoco incluye en el control de constitu-cionalidad la revisión de los *propósitos del legislador,* de la *conveniencia,* la *oportunidad,* el *acierto* o la *eficacia* de la ley o de los criterios de su autor. Por ej.: no entra a averiguar si en vez de un sistema adoptado por la ley sería preferible otro. Se limita a analizar si el establecido está o no de acuerdo con la constitución.

No obstante, hay casos en que para controlar la *razonabilidad* hay que incluir un juicio sobre la *conveniencia*, y en que la propia Corte así lo ha hecho (por ej., en su sentencia del caso "Reaseguradora Argentina S.A. c/Estado Nacional" del 18 de setiembre de 1990), lo que nos permite decir que cuando para juzgar la razonabilidad y constitucionalidad de una norma, o de una medida adoptada en aplicación de ella, se hace necesario evaluar la conveniencia de la norma y/o de la medida, el examen judicial de la conveniencia es propio de los jueces y hace excepción al principio de que ellos no controlan la conveniencia, ni la oportunidad, ni el acierto de las normas y de los actos que se someten a su revisión.

c) El control de constitucionalidad alcanza a la *razonabilidad* de normas y de actos, o sea, a la verificación de la proporción entre el fin querido y la medida adoptada para lograrlo. *Lo razonable* es lo opuesto de *lo arbitrario,* y mediante el control de razonabilidad el poder judicial penetra necesariamente muchas veces en la ponderación de los criterios y medios de que se valen los órganos del poder al ejercer sus competencias.

Para el control de razonabilidad de las normas generales estamos ciertos de que procede tanto cuando la norma en sí misma —o sea, en su texto— es irrazonable, como cuando no lo es en sí misma pero sí lo es en los *efectos* que produce su aplicación a un caso concreto.

La jurisprudencia de la Corte registra pautas que, en algunas de sus sentencias, limitan el control de razonabilidad sólo al texto de la norma legal, so pretexto de que indagarla en sus efectos significaría introducir elementos extraños a la norma misma. Personalmente, discrepamos con este criterio reductivo.

d) No pueden promoverse acciones declarativas de inconstitucionalidad pura mediante las cuales se pretenda impedir directamente la aplicación o la eficacia de las leyes. Pero en el derecho judicial de la Corte posterior a 1985 hay ahora acciones de inconstitucionalidad que, a diferencia de la declarativa de inconstitucionalidad pura, originan procesos asimilables al llamado "caso contencioso" de la ley 27 y son utilizables para ejercitar el control constitucional (ver nº 48).

Pero nada obsta, a juicio nuestro, para que la ley introduzca la acción declarativa de inconstitucionalidad pura, e incluso la acción popular.

e) Dado que las leyes y los actos estatales se presumen válidos y, por ende, constitucionales, la declaración de inconstitucionalidad sólo se debe emitir cuando la incompatibilidad con la constitución es *absoluta* y *evidente.*

Por eso, la Corte ha acuñado un principio cuya formulación surge de la sentencia cuyo párrafo dice así:

"Que, con arreglo a jurisprudencia de esta Corte, el análisis de la validez constitucional de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo practicable, en consecuencia, como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, entendiéndose que por la gravedad de tales exámenes debe estimárselos como la "última ratio" del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera. Por lo tanto, cuando existe la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones, debe apelarse a ella en primer lugar (doctrina de Fallos, t. 260; p. 153, sus citas y otros)."

f) El derecho judicial de la Corte tiene establecido que: f') los jueces no pueden dejar de aplicar una norma vigente conducente a resolver el caso que fallan, salvo que la desaplicación se fundamente en la declaración de su inconstitucionalidad; f") cuando desaplican una norma vigente que conduce a resolver el caso sin declararla inconstitucional, la sentencia que de esa manera dictan queda descalificada como arbitraria; f''') pero hay que tener presente que, como siempre, para que válidamente desapliquen una norma mediante declaración de su inconstitucionalidad necesitan que se lo haya requerido la parte interesada en el respectivo proceso judicial.

g) La Corte también tiene establecido que los jueces no pueden prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso que fallan, so pretexto de la posible *injusticia* de esa ley. Ahora bien, como la propia Corte señala que la única salida para que los jueces desapliquen una norma vigente es su declaración de inconstitucionalidad, estamos ciertos que si un juez declara que una norma es inconstitucional en virtud de su injusticia (razonando suficientemente el caso) la no aplicación de esa norma en nada conculca el primer principio. En suma, el juez no puede dejar de aplicar una ley por ser injusta, pero sí puede dejar de aplicarla declarándola inconstitucional a causa de su injusticia. De ello surge que para desaplicar una norma injusta, el juez debe declararla inconstitucional (ver cap. III, nos. 14 y 15).

h) Conforme al derecho judicial de la Corte, no cabe la declaración de inconstitucionalidad en un *fallo plenario*, porque por esa vía el tribunal que lo dictara vendría a crear una interpretación general obligatoria de orden constitucional, que es ajena a las atribuciones del referido tribunal. No estamos de acuerdo con este criterio.

Pero la Corte ha hecho prevalecer su jurisprudencia por sobre un fallo plenario, no para dejar sin efecto el plenario, pero sí para dejar sin efecto una sentencia que aplicó el plenario en vez de atenerse a un criterio contrario a él que surgía de jurisprudencia de la Corte (caso "Sire" de agosto 8 de 1989).

i) La jurisprudencia de la Corte, aunque la doctrina la juzgue acaso violatoria de la constitución, no puede ser declarada inconstitucional porque traduce la *"última" interpretación* posible del derecho vigente, y no hay vía disponible para impugnarla.

j) El poder judicial no entra a juzgar del *modo* o *procedimiento formal* como se ha dictado la ley.

Sin embargo, un fallo de la Corte del 9 de agosto de 1967 en el caso "Colella Ciriaco c/Fevre y Basset S.A. y/u otro", declaró la inconstitucionalidad de la "promulgación *parcial*" de la ley de contrato de trabajo, efectuada por el poder ejecutivo después de un veto también parcial, con lo que entró a juzgar de una cuestión formal o de procedimiento, cual es la de analizar si la promulgación fragmentaria de una ley, es o no un procedimiento válido y constitucional.

k) Cualesquiera sea la naturaleza de los procesos judiciales (por ej., el de amparo, el de habeas corpus, los juicios ejecutivos o sumarios, etc.), estamos seguros que ni la ley ni los propios tribunales ante los que esos procesos tramitan pueden prohibir o inhibir en algunos de ellos el control judicial de constitucionalidad sobre las normas y/o los actos relacionados con la decisión que en ellos debe dictarse. Esa detracción del control es inconstitucional.

l) No hallamos óbice constitucional para que, por vía de *ley*, se extienda "erga omnes" el efecto de las sentencias de la Corte Su-prema que declaran la inconstitucionalidad de normas generales, con alcance *derogatorio* de éstas (o sea, "extra partes"). Con ley ex-presa, las referidas sentencias de la Corte quedan habilitadas constitucionalmente para producir la pérdida de vigencia normológica (y por consecuencia, sociológica) de las normas generales cuya inconstitucionalidad declaran con el efecto general previsto en la ley.

m) La inconstitucionalidad de una *ley* parece contagiar necesariamente de igual defecto a su *decreto reglamentario* (que se basa en ella), y aparejar la de éste, por lo que impugnada solamente la primera, el control judicial de constitucionalidad debe comprender también al decreto.

V. LA SUPREMACÍA EN RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Constitución, tratados, leyes

65. — Se trata aquí de indagar en qué plano o estrato del derecho interno argentino se sitúa el derecho internacional público después de incorporarlo a él. *No es,* por eso, un problema de *fuentes* (¿cómo ingresa o penetra?) sino de *lugar jerárquico* (¿dónde se ubica?) una vez que está adentro.

La primera relación se traba entre la *constitución* y el *derecho internacional*. ¿Qué prevalece?

El *monismo absoluto* coloca al derecho internacional por encima de la constitución: es decir, facilita la supremacía del derecho internacional.

Ya dijimos que la *primacía del derecho internacional* sobre el derecho interno es un principio básico del derecho internacional, que hoy cuenta con una norma expresa en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

Progresivamente se acentúa la tendencia a moderar en las constituciones actuales el principio de que el derecho internacional no prevalece sobre ellas. A veces se le confiere rango superior; otras se lo equipara en un mismo nivel, lo que muestra la atenuación del diseño con que hasta ahora quedaba trazado el perfil de la doctrina de la supremacía constitucional (ver acápite II).

Las constituciones que *antes* de la incorporación de un tratado al derecho interno prevén el *control constitucional* de ese tratado para verificar si está o no de acuerdo con la constitución y que, en caso de no estarlo, impiden su ingreso si previamente no se reforma la constitución para superar la incompatibilidad, muestran —a su modo— un sesgo importante. En efecto, se previenen de que no entren a formar parte del derecho interno tratados incons-titucionales, de forma que el mecanismo de control anticipado para evitarlo procura que después de la recepción del tratado no surjan óbices que directamente pugnen con la primacía del derecho internacional.

No obstante, esto por sí solo no significa que lo erijan supraconstitucio-nalmente.

En la relación del *derecho internacional* con las leyes, algunas constituciones deciden la prioridad a favor del primero.

66. — En el derecho constitucional argentino, la *reforma de 1994* introdujo innovaciones fundamentales, tanto respecto de la letra de la constitución como de la jurisprudencia de la Corte que estuvo en vigor hasta 1992.

Ha de reconocerse que el art. 27 permanece incólume en su anterior formulación, de la que surgía —y surge— que los tratados han de estar de acuerdo con los principios de derecho público de la constitución.

Siempre vimos en esta cláusula el principio de que los tratados son *infraconstitucionales.*

Pero ahora se han aclarado dos cosas, que se vinculan con este art. 27: una es un principio general, y la otra es una excepción.

a) El *principio general* viene dado por el art. 75 inc. 22: los tratados, aun cuando se sitúan por debajo de la constitución, tienen *jerarquía superior a las leyes.* Hasta 1992, la jurisprudencia de la Corte no lo admitía.

También son superiores a las leyes, conforme al art. 75 inc. 24, las normas que son consecuencia de un tratado de integración a organizaciones supraestatales, que suelen llamarse "derecho comunitario".

b) La excepción al principio de infraconstitucionalidad de los tratados y de la prelación sobre las leyes aparece en el mismo art. 75 inc. 22. En él se reconoce *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales de *derechos humanos*, que se enumeran, y se habilita mediante un procedimiento especial a que en el futuro otros tratados de derechos humanos adquieran también dicha jerarquía constitucional. O sea que se los coloca *al lado de la cons-titución,* en su *mismo nivel,* dentro del denominado bloque de cons-titucionalidad federal (ver n[os.] 19 a 25).

CAPÍTULO VI

EL PODER CONSTITUYENTE

I. EL PODER CONSTITUYENTE "ORIGINARIO" Y "DERIVADO". - Su caracterización general. - El poder constituyente en el derecho constitucional argentino. - II. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ART. 30. - La duda sobre la rigidez. - La rigidez clásica: los requisitos formales y los contenidos pétreos. - Las etapas de

la reforma, y sus requisitos y alcances. *Algunos efectos de la reforma.* - La fijación del temario que el congreso deriva a la convención para su reforma, y el caso de la reforma de 1994. *Nuestra opinión frente a la ley 24.309.* - Las principales reformas: casos de 1949, 1957, 1972 y 1994. - III. EL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS. - Su encuadre. - El novísimo ciclo constituyente provincial a partir de 1985. IV. EL CASO Y LA SITUACIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. - La reforma de 1994. - APÉNDICE: Ley 24.309.

I. EL PODER CONSTITUYENTE "ORIGINARIO" Y "DERIVADO"

Su caracterización general

1. — Si por "poder" entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por "constituyente" el poder que *constituye* o *da constitución* al estado, alcanzamos con bastante precisión el concepto global: poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para *constituir* o *dar constitución* al estado, es decir, para *organizarlo,* para establecer su estructura jurídico-política.

El poder constituyente puede ser *originario* y *derivado*. Es *originario* cuando se ejerce en la *etapa fundacional* o de primigeneidad del estado, para darle nacimiento y estructura. Es *derivado* cuando se ejerce para *reformar la constitución.*

Esta dicotomía doctrinaria necesita algún retoque, porque también cabe reputar *poder constituyente originario* al que se ejerce en un estado ya existente (o sea, después de su etapa fundacional o primigenia) cuando se cambia y sustituye totalmente una constitución anterior con innovaciones fundamentales en su contenido. Queda la duda de si una "reforma *total*" que no altera esa sustancialidad de los contenidos vertebrales es o no una constitución nueva emanada de poder constituyente originario. Diríamos que no, con lo que la cuestión ha de atender más bien a la sustitución de los contenidos básicos que al carácter de totalidad que pueda tener la innovación respecto del texto nor-mativo que se reemplaza.

Entendemos que el concepto de poder constituyente no puede limitarse al que *formalmente* se ejercita para dictar una constitución escrita; si todo estado tiene constitución en sentido material (aunque acaso no la tenga escrita), tal constitución material también es producto de un poder constituyente.

No obstante, la teoría del poder constituyente es casi tan reciente como las constituciones escritas. Ello significa que se lo "vio" a través de su producto más patente, que es la codificación constitucional.

2. — El poder constituyente originario tiene como titular al *pueblo* o la *comunidad*, porque es la colectividad toda la que debe proveer a su organización política y jurídica en el momento de crearse el estado. La noción responde a la búsqueda de la *legitimidad* en el uso del poder constituyente originario.

El preámbulo de nuestra constitución de 1853-1860 acoge este principio definitorio cuando incluye la fórmula de "nos los representantes del *pueblo…*".

3. — Sin embargo, esa residencia o titularidad del poder constituyente en el pueblo sólo debe reconocerse "en potencia", o sea, en el sentido de que *no hay nadie* (ni uno, ni pocos, ni muchos) predeterminado o investido para ejercerlo; y no habiendo tampoco una forma concreta predeterminada por Dios ni por la naturaleza para constituir a cada estado, la decisión queda librada a la totalidad o conjunto de hombres que componen la comunidad.

El ejercicio "en acto" de ese poder constituyente se radica "en razón de la eficacia" en quienes, dentro del mismo pueblo, están en condiciones, en un momento dado, de determinar con suficiente consenso social la estructura fundacional del estado y de adoptar la decisión fundamental de conjunto.

Se dice que el poder constituyente originario es, en principio, *ilimitado.* Ello significa que no tiene límites de *derecho positivo,* o dicho en otra forma, que no hay ninguna instancia superior que lo condicione. Ahora bien, la ilimitación no descarta: a) los límites *suprapositivos* del valor *justicia (o derecho natural);* b) *los límites que pueden derivar colateralmente* del *derecho internacional público* —por ej.: tratados—; c) el condicionamiento de la *realidad social* con todos sus ingredientes, que un método realista de elaboración debe tomar en cuenta para organizar al estado.

El poder constituyente derivado, en cambio, es *limitado.* Ello se advierte claramente en las constituciones rígidas (cualquiera sea el tipo de rigidez). En las flexibles, que se reforman mediante ley ordinaria, tal procedimiento común viene a revestir también carácter limitativo, en cuanto pese a la flexibilidad la constitución sólo admite enmienda por el procedimiento legislativo, y no por otro.

En cuanto al *poder constituyente derivado,* cuya limitación siempre hemos destacado, hay que añadir que un tipo de límite puede provenir asimismo de *tratados internacionales* que con anterioridad a la reforma

constitucional se han incorporado al derecho interno. Y ello aun cuando se hayan incorporado en un nivel infraconstitucional, porque después de que un estado se hace parte en un tratado no puede, ni siquiera mediante reforma de su constitución, incluir en ésta ningún contenido ni ninguna norma que sean incompatibles con el tratado, o violatorias de él.

5. — El *constitucionalismo moderno* o clásico, advenido en las postrimerías del siglo XVIII con las revoluciones americana y francesa, ha sentado juntamente con el concepto de constitución formal, el del poder "constituyente" como *superior* al poder "constituido" o poder del estado. Se trata, también esta vez, de un poder constituyente *formal.*

La distinción formal que se predica conceptualmente entre poder constituyente y poder constituido no niega que, en uso y ejercicio del poder constituido, los titulares de éste accionan *fuentes* del derecho constitucional que inciden en la constitución material y que, por ende, consideramos como *ejercicio material de poder constituyente.*

Este ejercicio no es inválido si la constitución formal —en caso de existir— no resulta violada en su supremacía.

El poder constituyente en el derecho constitucional argentino

6. — El poder constituyente originario que dio nacimiento y organización a nuestro estado aparece en una fecha cierta: 1853. Todo el proceso genético que desde la emancipación del Virreynato del Río de la Plata en 1810 prepara la formación territorial y política de la República Argentina, alcanza culminación en la constitución que establece el Congreso Constituyente reunido en Santa Fe.

Ahora bien, pensamos que ese poder constituyente originario fue un poder constituyente *abierto.* O sea, que su ejercicio no quedó agotado en 1853, sino que abarcó un *ciclo que se cerró en* 1860. Decimos esto porque en 1860 se lleva a cabo lo que se llama la "*reforma* de 1860", con el objeto de que Buenos Aires ingrese a la federación. El Pacto de San José de Flores da base a dicha reforma y a la incorporación de Buenos Aires, que como provincia disidente no había concurrido al acto constituyente de 1853.

El texto originario de la constitución de 1853 impedía su reforma hasta después de diez años de jurada por los pueblos, no obstante lo cual se hace una "reforma" antes de ese plazo —en 1860—. Si esta "reforma" hubiera sido una enmienda en ejercicio de poder constituyente derivado, habríamos de considerarla inválida e inconstitucional, por haberse realizado temporalmente dentro de un plazo *prohibido* por la constitución. Sin embargo, pese a su apariencia formal de reforma, *la revisión del año 1860 integra a nuestro juicio el ciclo del poder constituyente originario,* que quedó *abierto* en 1853.

Y abierto en cuanto elementos geográficos, culturales, mesológicos, tradicionales, históricos, etc., predeterminaban que la provincia de Buenos Aires debía ser parte de nuestro estado federal, con lo que hasta lograrse su ingreso no podría considerarse clausurado el poder constituyente originario o fundacional de la República Argentina. El propio Informe de la comisión de Negocios Constitucionales que elaboró el proyecto de constitución en el Congreso de Santa Fe lo dejaba entrever al afirmar que "la comisión ha concebido su proyecto para que ahora, y en cualquier tiempo, abrace y comprenda los *catorce* estados argentinos".

Es correcto, por eso, mencionar a nuestra constitución formal como "constitución de 1853-1860", y reconocerla como constitución *histórica* o *fundacional.*

7. — Este poder constituyente originario fue ejercido por el *pueblo.* Social e históricamente, las condiciones determinantes de la circunstancia temporal en que fue ejercido llevaron a que las *provincias históricamente preexistentes* enviaran representantes al Congreso de Santa Fe, en cumplimiento de pactos también preexistentes —el último de los cuales, inmediatamente anterior, fue el de San Nicolás de 1852—.

La fórmula del preámbulo remite a esta interpretación, dando por cierto que el titular del poder constituyente que sancionó la constitución de 1853 es el *pueblo.* Pero el pueblo "por voluntad y elección de las provincias", con lo que *a través de las unidades políticas provinciales* se expresa *en acto y eficazmente* la decisión comunitaria de organizar al estado.

El poder constituyente originario ejercido en 1853 fue *ilimitado* (en sentido de derecho positivo), porque no estuvo condicionado por ninguna instancia positiva superior o más alta. Pero *tuvo en cuenta:* a) los límites suprapositivos del valor *justicia* (o derecho natural); b) los *pactos preexistentes;* c) la *realidad social* de nuestro medio.

Incluir a los *pactos preexistentes,* tal como lo veníamos haciendo y como lo mantenemos (sabiendo que el propio preámbulo afirma que la constitución se dicta "en cumplimiento" de ellos), significa dar razón de que hay

límites colaterales también en el poder constituyente originario. Los pactos preexistentes tuvieron ese carácter. No fueron una instancia superior o más alta, pero condicionaron colateralmente al poder constituyente originario.

II. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ART. 30

La duda sobre la rigidez

8. — De aquí en más, hemos de ocuparnos del poder constituyente *derivado,* es decir, del que se ejerce para *reformar* la constitución, habilitado por ella misma.

El poder constituyente derivado encuentra su norma de base en el *art. 30* de la constitución.

Aunque después de la *reforma constitucional de 1994* el art. 30 subsiste en el texto de la constitución sin modificación alguna, sabemos que parte de la doctrina ha puesto en duda la rigidez de la constitución (ver cap. II, nos 31 a 33).

Ello se debe a que: a) hay ahora cláusulas constitucionales muy *abiertas* que requieren su desarrollo y precisión a través de *leyes*, las que según ciertas interpretaciones mostrarían que el congreso comparte alguna porción o dosis de poder constituyente, o que la recibió por "delegación" de la convención reformadora de 1994; b) hay también —aunque sin formar parte de la constitución— *instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional*, que amplían el plexo de derechos de la constitución, y ello —más la posibilidad de que otros tratados también adquieran nivel constitucional después de la reforma— deja a muchos la impresión de que acá hay una fuente (internacional) que puede asemejarse en algo al poder constituyente.

Personalmente preferimos comprender que lo más que cabe conceder a estas interpretaciones es que, parcialmente, la rigidez de nuestra constitución se habría hecho *más débil o atenuada,* pero sin dar paso a la flexibilidad.

Como la única norma expresamente referida a la reforma de la constitución sigue siendo el citado *art. 30,* más allá del espacio que queda a la pluralidad de opiniones en torno de la rigidez, hemos ahora de centrar el estudio del poder constituyente derivado en aquella cláusula.

La rigidez clásica: los requisitos formales y los contenidos pétreos

9. — El art. 30 consagra la *rigidez*, tanto por el *procedimiento* de reforma como por el *órgano* especial que habilita para realizarla. Veamos.

a) Dado el tipo *escrito y rígido* de la constitución formal, su revisión debe efectuarse mediante un *procedimiento especial*, que es *distinto* al de la legislación ordinaria.

La rigidez de la constitución argentina se acentúa porque el mecanismo de reforma no sólo difiere del legislativo común, sino que además está dirigido al establecimiento de una *convención especial* para realizarla (órgano diferente al legislativo ordinario). Se trata, pues, de una rigidez "orgánica".

Lo que debemos decidir es si también la constitución pone *límites* a la reforma en cuanto a la *materia* o al contenido susceptible de revisión. Ello se vincula con los contenidos *pétreos.* Provisoriamente respondemos afirmativamente (ver nos 10 y 11).

b) Con esta primera caracterización de requisitos formales y materiales, obtenemos la afirmación de que el poder constituyente derivado tiene *límites* de derecho positivo: unos en cuanto a *procedimiento,* otros en cuanto a la *materia.*

Los límites al poder constituyente derivado están dirigidos: b') al *congreso* —en la etapa de iniciativa o declaración de la necesidad de la reforma—; b'') a la *convención* —en la etapa de revisión—, b''') a *ambos;* así el quórum de votos para declarar la necesidad de la reforma limita al congreso; el temario de puntos que el congreso declara necesitados de reforma limita a la convención; los contenidos pétreos limitan tanto al congreso como a la convención.

c) La existencia de límites conduce a sostener que cuando una reforma se lleva a cabo sin respetarlos —sea porque en el procedimiento no se atiene a las formas preestablecidas, sea porque

en cuanto a las materias viola los contenidos pétreos— la enmienda constitucional es *inválida* o *inconstitucional.*

d) Hoy también hemos de dejar establecido que los *tratados internacionales* incorporados a nuestro derecho interno, muchos de los cuales tienen jerarquía constitucional, imponen un *límite he-terónomo*, externo y colateral al poder constituyente derivado, por manera que si al reformarse la constitución se incorpora a ella algún contenido violatorio de un tratado preexistente, ese contenido que es producto de la reforma debe calificarse como *inconstitucional.*

e) Conforme a nuestro derecho vigente a través del derecho judicial, *no hay control judicial de constitucionalidad de la reforma,* porque la jurisprudencia de nuestra Corte tiene establecido que se trata de una *cuestión política* no judiciable; tal fue lo resuelto en el caso "Guerrero de Soria, Juana A. c/Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.", fallado el 20 de setiembre de 1963.

10. — El art. 30 dice que la constitución puede reformarse en el *todo* o en *cualquiera de sus partes.* Una mera interpretación gramatical nos llevaría a decir que "toda" la constitución y "todas" sus normas son susceptibles de reforma, y que nada le queda sustraído. Si así fuera, ¿negaríamos los contenidos pétreos?

Pero no es así. Que la constitución se puede reformar en el "todo" o en "cualquiera de sus partes" significa que "cuantitativamente" se la puede *revisar* en forma integral y total. Pero "cualitativamente" no, porque hay "algunos" contenidos o partes que, *si bien pueden reformarse, no pueden alterarse, suprimirse o destruirse.* Precisamente, son los contenidos pétreos.

11. — En nuestra constitución, los contenidos pétreos *no impiden su reforma, sino su abolición.* Ellos son: la forma de *estado democrático;* la forma de *estado federal;* la forma *republicana de gobierno;* la *confesionalidad del estado.* Lo prohibido sería: reemplazar la democracia por el totalitarismo; reemplazar el federalismo por el unitarismo; sustituir la república por la monarquía; suprimir la confesionalidad para imponer la laicidad.

Este endurecimiento que petrifica a los mencionados contenidos subsistirá mientras la estructura social de la cual derivan conserve su misma fisonomía; en cuanto la estructura social donde se soporta un contenido pétreo cambie fundamentalmente, el respectivo contenido pétreo dejará de serlo.

Por supuesto que nuestra interpretación reconoce que los contenidos pétreos no están explícita ni expresamente definidos como tales en la constitución. Los valoramos como tales y los descubrimos *implícitos,* en cuanto admitimos parcialmente una *tipología tradicional-historicista* de la constitución argentina. Al recoger del medio geográfico, cultural, religioso, etc., ciertas pautas históricamente legitimadas durante el proceso genético de nuestra organización, el constituyente petrificó en la constitución formal los contenidos expuestos, tal como la estructura social subyacente les daba cabida.

Ver cap. II, nº 7.

Las etapas de la reforma, y sus requisitos y alcances

12. — Yendo al procedimiento reformatorio, existen en la doctrina y en el derecho comparado diversas etapas para su ejercicio. Fundamentalmente son tres: a) la etapa de *iniciativa* o de declaración, en la que se establece que es necesario proceder a la reforma y se la impulsa; b) la etapa de *revisión* propiamente dicha (o constitutiva), en la que la reforma se lleva a cabo; c) la etapa *ratificatoria* (o de eficacia), en la que se confiere eficacia a la reforma realizada, para que tenga vigencia normológica.

Nuestra constitución sólo regula *dos* etapas: la de *iniciativa,* y la de *revisión;* no hay etapa ratificatoria.

A) 13. — La de *iniciativa* está a cargo del *congreso,* al que el art. 30 le encomienda *declarar la necesidad de la reforma.* No dice la norma cómo debe trabajar el congreso, ni qué forma debe revestir el acto declarativo; sólo fija un quórum de votos.

a) Creemos extraer del derecho espontáneo —o sea, de la praxis ejemplarizada— lo que la norma escrita ha omitido expresamente. a') El congreso trabaja con cada una de sus cámaras por *separado;* a'') coincidiendo ambas, el congreso dicta una *ley.*

El acto declarativo tiene, entonces, *forma de ley.* ¿Está bien?

Creemos que no; en primer lugar, ese acto tiene esencia o naturaleza *política,* y hasta *preconstituyente*; no es un acto de contenido legislativo y, por ende, no debe tomar la forma de la

ley; en segundo lugar, evitando la forma de ley, se deja bien en claro que el acto no es susceptible de veto presidencial.

Pero si el derecho vigente por fuente material espontánea nos refleja el procedimiento antes señalado, nosotros decimos que, ante el silencio del art. 30, el congreso también podría optar por: a) hacer la declaración con sus dos cámaras reunidas en pleno (asamblea legislativa); b) no asignar a la declaración la forma de la ley.

b) El derecho espontáneo establece (con excepción de lo que se hizo en 1948) que al declarar la necesidad de la reforma, el congreso debe *puntualizar los contenidos o artículos* que considera necesitados de revisión. La fijación del *temario* demarca inexorablemente la materia sobre la cual pueden recaer las enmiendas. La convención *no queda obligada a introducir reformas* en los puntos señalados, pero *no puede efectuarlas fuera de ellos.*

Si la declaración de reforma tuviera carácter "total" (cuantitativamente, "toda" la constitución y "todas" sus normas se propondrían a la enmienda) parece difícil que el congreso pudiera puntualizar el temario ya que éste abarcaría todo el conjunto normativo de la constitución y quedaría indeterminado. Sin embargo, estimamos que haría falta, lo mismo, que el congreso proporcionara algún *lineamiento* o marco de orientación y encuadre en torno de los fines propuestos para la reforma, de sus políticas globales, etc. Y ello con la mayor precisión posible.

Para la novedad que en cuanto al temario fijado por el congreso presenta la *reforma de 1994*, nos explayamos en n^os.^ 18 a 22.

c) El acto declarativo requiere por la norma escrita del art. 30 un *quórum especial*. Es también el derecho espontáneo el que señala la forma de computarlo. El art. 30 exige *dos tercios de votos de los miembros del congreso.* ¿Sobre qué total de miembros se toma ese quórum: del total "completo" de miembros, del total de miembros "en ejercicio", o del total de miembros "presentes"?

Nos parece que del *total de miembros en cada cámara por separado* (aun cuando las dos sesionaran reunidas en asamblea); no sobre el total de los miembros en ejercicio, ni sobre el total de los presentes. Ello porque interpretando la constitución en la totalidad de sus normas, advertimos que cuando quiere que un quórum se compute sobre los miembros presentes, cuida añadir en la norma respectiva el adjetivo "presentes" al sustantivo "miembros". Y el art. 30 no contiene el calificativo "presentes".

d) El congreso puede fijar *plazo* a la convención. Es optativo, y a veces se ha establecido, y otras veces no. El derecho espontáneo, entonces, habilita usar una solución y la otra. El art. 30, con su silencio sobre el punto, consiente cualquiera de las dos.

B) 14. — Hasta acá la etapa de iniciativa. Viene luego la de *revisión.* Esta ya no pertenece al congreso, ni siquiera con procedimiento agravado. La constitución la remite a un *órgano ad-hoc* o *especial,* que es la *convención reformadora.* No tenemos reparo en llamarla convención "constituyente", desde que ejerce poder "constituyente" *derivado.*

a) El art. 30 tampoco dice cómo se compone tal convención, ni de dónde surge. El derecho espontáneo determina que el *cuerpo electoral* es convocado para *elegir convencionales constituyentes.* El congreso podría, sin embargo, arbitrar otro medio, estableciendo directamente quiénes han de componer la convención convocada a efectos de la reforma. Lo que no puede es integrar la convención con sus propios legisladores.

b) Si al declarar la necesidad de la reforma el congreso estableciera un *plazo* para que la convención sesionara, el vencimiento del mismo provocaría automáticamente la disolución de la convención, que perdería su habilitación para continuar trabajando o para prorrogar sus sesiones. Si, al contrario, el congreso se abstiene de fijar aquel plazo al declarar la necesidad de la reforma, la convención no está sujeta a lapso alguno, y nadie puede limitárselo después.

El plazo significa, asimismo, que las reformas efectuadas después de vencido, son *inválidas* o *inconstitucionales.*

El plazo registra antecedentes en nuestro derecho constitucional. La convención de 1898 —por ej.— tuvo plazo de treinta días a partir de su instalación conforme a la ley 3507 de 1897, que la convocó. La convención de 1860 y la de 1949 recibieron asimismo plazos por las respectivas leyes del congreso. También la que convocó la ley 14.404, que no llegó a reunirse. La de 1957 lo tuvo fijado por el decreto de convocatoria. La de 1994, por la ley 24.309.

c) La convención tiene *límites:* c') en primer lugar, los *contenidos pétreos;* c'') en segundo lugar, el *temario* fijado por el congreso al declarar la necesidad de la reforma; no está obligada a introducir reformas, pero sólo puede llevarlas a cabo dentro del temario señalado; c''') en tercer lugar, el *plazo,* si es que el congreso se lo ha fijado.

Ha de tenerse presente que también hay un *límite heterónomo* proveniente de los *tratados internacionales* preexistentes incorporados al derecho argentino.

Parte de la doctrina admite, con buen criterio, que las convenciones refor-madoras tienen poderes "implícitos", sobre todo en materia financiera (para sancionar su presupuesto, remunerar a sus integrantes, etc.).

C) 15. — Como nuestra constitución no añade la etapa de *ratificación* de la reforma constitucional, carece de sentido la práctica de que órganos distintos a la propia convención constituyente dicten normas promulgando o poniendo en vigor la enmienda. Ningún órgano de poder constituido inviste competencia para ello.

La reforma de 1994 entró en vigor (a partir de su publicación) con la sola sanción de su texto por la convención.

Algunos efectos de la reforma

16. — La reforma constitucional, pese a situarse en el marco del poder "constituyente" (derivado), no puede a nuestro juicio surtir algunos efectos. Así, a título enunciativo de mero ejemplo, *no puede:* a) modificar por sí los períodos de duración de funciones del presidente, vicepresidente, diputados y senadores federales que fueron designados conforme a normas constitucionales anteriores; b) privar de derechos adquiridos bajo la vigencia de la constitución anterior a la reforma; c) investir de poder constituyente provincial a órganos provinciales distintos de los que la constitución provincial prevé para su enmienda, o variar el procedimiento determinado por dicha constitución.

Tampoco puede incorporar contenidos violatorios de *tratados internacionales* preexistentes incorporados al derecho argentino.

17. — La doctrina —especialmente comparada— se hace cargo de una cuestión sumamente interesante, de escasa aplicación en nuestro derecho constitucional: una reforma constitucional (o también una constitución totalmente nueva) *¿deroga* "per se" toda norma infraconstitucional anterior opuesta?; o, más bien, sin derogarla, ¿la vuelve *inconstitucional*? Sea que se responda una cosa u otra, lo cierto es que normas infraconstitucionales anteriores que resultan incompatibles con las normas constitucionales surgidas de la reforma, no pueden tener aplicación válida después que la reforma constitucional entra en vigor. Si esa aplicación se discute judicialmente, hay materia para que el tribunal competente haga jugar una de ambas soluciones: a) o que las normas infraconstitucionales anteriores han quedado *derogadas* por la reforma ulterior con la que no se compadecen (fin de la vigencia normológica); b) o que a partir de la reforma se han tornado *inconstitucionales* por incompatibilidad sobre-viniente con ella.

La fijación del temario que el congreso deriva a la convención para su reforma, y el caso de la reforma de 1994

18. — Con base en los pactos que el justicialismo y el radicalismo convinieron en noviembre y diciembre de 1993 para encauzar la reforma de la constitución, la ley declarativa de su necesidad nº 24.309 presentó una novedad sorprendente, cual fue el llamado *núcleo de coincidencias básicas.*

El conjunto de trece temas o puntos allí reunidos tuvo carácter *indivisible* y *hermético.* Conforme al art. 2º, la ley 24.309 estipuló que "la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma… se expresa en el contenido del núcleo de coincidencias básicas…".

Por un lado, se prohibió introducir reformas en los 35 primeros artículos de la constitución. Por otro, el art. 5º de la ley 24.309 dispuso que el núcleo de trece puntos debía votarse *sin división posible y en bloque, todo por "sí" o por "no".* Por eso se lo denominó la cláusula "cerrojo".

19. — Personalmente, nunca habíamos imaginado antes una hipótesis como la que nos puso por delante la ley 24.309 y, sin pretender legitimarla "in totum", tratamos de repensar los esquemas tradicionales, en los que en seguida insertamos nuevos criterios.

Nuestra opinión frente a la ley 24.309

20. — Lo fundamental que le incorporamos como añadidura se puede reconducir a dos cuestiones: a) el *congreso tiene competencia,* cuando declara necesaria la reforma, para *fijar la finalidad o el objetivo* que tiene en cuenta en cada tema que deriva a revisión por parte de la convención, y la pauta respectiva es *vinculante* (u obligatoria) para la convención, que no queda habilitada para realizar la reforma en contradicción con aquella finalidad señalada por el congreso; b) el congreso también *tiene competencia* para *prescribir*, con igual efecto *vinculante* hacia la convención, que considera necesaria la *reforma de tal o cual contenido* de la constitución *"a condición" de que también se reforme otro contenido* —que también señala—, todo ello para lograr un *equilibrio* relacional entre un tema y otro, conforme a la *finalidad* que adscribe a las enmiendas así correlacionadas.

Los ejemplos que ante la inminencia de la reforma propusimos eran dos: a) en cuanto a establecer el "para qué" finalista de una determinada enmienda, el congreso podía prescribir que consideraba necesario reformar la norma prohibitiva de la reelección presidencial inmediata, añadiendo que era así para permitir una sola reelección, con lo que la convención no podría habilitarla para autorizar dos o más, ni tampoco indefinidamente; b) en cuanto a vincular la necesidad de una enmienda con otra y condicionar la validez de la reforma a que se respetara esa relación con miras a una finalidad determinada, el congreso podía —por ejemplo— derivar a la convención la reforma de la norma prohibitiva de la reelección inmediata para autorizar una sola reelección inmediata, "a condición" de que, como equilibrio, también se atenuaran o moderaran las atribuciones presidenciales.

Hasta acá llegaba el consentimiento de nuestra interpretación. Más allá, no.

21. — Al "aggiornar" ahora el inventario de la comprensión interpretativa podemos decir que en la medida en que juzgamos viable que el congreso adicione al temario los *fines u objetivos* de la reforma con efecto *vinculante* para la convención, simultánea y recíprocamente decimos que el congreso también tiene un *límite* en su competencia para declarar la necesidad de la reforma: tal límite consiste, en el caso, en que el congreso no puede transferirle a la convención *textos ya articulados* para que los incorpore tal cual le son deferidos, o para que los rechace.

Además, en la correlación de enmiendas pensamos que su *ensamble condicionado* tampoco tolera que el congreso lo imponga mediante textos ya redactados que, de nuevo en este caso como en el anterior, sólo le dejan margen a la convención para decir "sí" o "no".

22. — Queda la impresión —por eso— de que al englobar de modo indiso-ciable e inseparable trece puntos (muy extensos algunos, y varios con redacción preformulada en la ley 24.309) que la convención debía aceptar íntegramente o rechazar también en conjunto, se le estaba en realidad limitando su competencia reformadora a una simple *ratificación* en caso de aprobación.

Si el art. 30 de la constitución dispone que la reforma "*no se efectuará* sino por una *convención* convocada al efecto", parece que "efectuar" la reforma no equivale a tener que aceptar —o rechazar— una densa enmienda ya preelaborada por el congreso y totalmente cerrada en su largo contenido, imposibilitado de todo desglose entre sus partes.

Es cierto, por otra parte, que fuera de la cláusula "cerrojo" se derivó a la convención el tratamiento libre y separado de otros dieciséis temas pero, de todas maneras, la severidad del lineamiento trazado a la convención quedó reflejado en el art. 6º de la ley 24.309, que dispuso la *nulidad absoluta* de todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realizara la convención con apartamiento de la competencia que le establecía el congreso.

De todas maneras, la convención constituyente esquivó el duro límite que la ley declarativa de la necesidad de reforma le impuso. Lo hizo incluyendo en el reglamento interno por ella votado una norma equivalente a la que en la ley 24.309 establecía la cláusula "cerrojo".

De esta forma se dio la imagen de que era la propia convención la que adoptaba tal decisión, y que su cumplimiento provenía de su voluntad y no de la del congreso.

Las principales reformas: casos de 1949, 1957, 1972 y 1994

23. — Excluida la reforma de 1860 (que para nosotros es ejercicio de poder constituyente originario), se han realizado reformas a la constitución en 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994.

En materia de poder constituyente, la constitución material contiene una *mutación incompatible* con la formal. Tal mutación proviene de violaciones consumadas respecto del art. 30 en el ejercicio del poder constituyente derivado y del poder constituyente derivado de las provincias, a veces en épocas de iure y otras en épocas de facto. Consiste en dar habilitación fáctica a enmiendas efectuadas al margen del procedimiento reformista de la constitución formal, y en dejar sin control judicial de constitucionalidad el resultado eventualmente defectuoso.

De estas reformas, la de 1994 queda incorporada al presente libro.

La de *1949,* que estuvo en vigor hasta su supresión por proclama de la Revolución Libertadora en 1956 fue objeto, desde gestada con la ley declarativa de la necesidad de reforma, de múltiples objeciones de inconstitucionalidad.

La de *1957* se llevó a cabo sobre el texto de la constitución histórica de 1853-1860. Fue realizada por una convención surgida de elección popular, pero tuvo un vicio de origen cuando, por ser una época de facto, la declaración de la necesidad de reforma no pudo ser efectuada por el congreso de acuerdo con el art. 30, y lo fue por el poder ejecutivo de facto. La convención se desintegró antes de concluir su trabajo, y de ella quedó el art. 14 bis, que no alcanzó a ser renumerado y subsiste entre los anteriores artículos 14 y 15 con aquella denominación (también se lo ha llamado art. 14 nuevo).

La reforma de *1972* fue transitoria, y rigió hasta el golpe de estado del 24 de marzo de 1976. Su vicio deriva de haber sido realizada totalmente por el poder de facto, que dictó el denominado "Estatuto Fundamental" con el contenido del texto modificado.

III. EL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS

Su encuadre

24. — Dada la forma federal de nuestro estado, las *provincias* que lo integran como partes o miembros son también estados, y disponen de *poder constituyente* para organizarse.

Que las provincias tienen capacidad para dictar sus respectivas constituciones es innegable. Lo establece el art. 5º de la constitución como obligación: "cada provincia dictará para sí una constitución…".

Lo que queda en discusión es otra cosa: si cabe reconocer calidad de poder "constituyente" al que en sede provincial establece una constitución local. Nosotros acabamos de afirmarlo, y pensamos que no hay inconveniente en ello, pese a las características especiales de tal poder constituyente.

El poder constituyente *originario* de las provincias que se ejercita cuando dictan su *primera* constitución, tiene determinados *límites* positivos.

En esta característica de limitación en el poder constituyente originario de las provincias no estamos ante límites heterónomos o colaterales o externos, porque no provienen de costado, sino de una instancia superior o más alta, que es la constitución federal. En otros términos, el límite no viene de afuera, sino de adentro, del propio ordenamiento estatal federativo en el que están instaladas las provincias, porque la limitación responde a la supremacía federal y a la relación de subordinación, que impone coherencia y compatibilidad entre el ordenamiento de los estados miembros y el del estado federal.

Aquella limitación y esta subordinación, que no llegan a destruir la naturaleza *constituyente* del poder en cuestión, sirven en cambio para afirmar que el poder "constituido" de las provincias no tiene cualidad de soberanía, sino de *autonomía.*

El poder constituyente de las provincias recibe sus límites de la *constitución federal.* Las constituciones provinciales deben *adecuarse:* a) al sistema representativo republicano; b) a los principios, declaraciones y garantías de la constitución federal; y c) deben *asegurar;* c') el régimen municipal, ahora con la explícita obligación de cubrir la *autonomía* de los municipios en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, a tenor del art. 123; c'') la administración de justicia; c''') la educación primaria. *No deben* invadir el área de competencias federales.

En el texto de 1853, hasta la reforma de 1860, el poder constituyente provincial quedaba sometido a un control de constitucionalidad *político,* a cargo del *congreso federal*.

Suprimido tal mecanismo de control político, las constituciones provinciales sólo son susceptibles de control *judicial* de constitucionalidad, conforme al mecanismo de funcionamiento del mismo, con base en los arts. 31 y 116 de la constitución.

25. — Estamos ciertos que el estado federal no puede, ni siquiera a través de una convención reformadora de la constitución federal, alterar lo que las constituciones provinciales disponen para su propia reforma.

El novísimo ciclo constituyente provincial a partir de 1985

26. — *A partir de 1985* hemos asistido a un ciclo constituyente provincial muy curioso, porque sin reformarse la constitución federal muchas provincias dictaron antes de 1994 constituciones nuevas, o reformaron sustancialmente las que tenían. La curiosidad consiste, precisamente, en que este ciclo constituyente no tuvo su origen en la necesidad de adecuar a una previa reforma de la constitución federal las constituciones provinciales, ya que hasta 1994 no hubo tal reforma de la constitución federal. Se trata de un fenómeno inédito en nuestro proceso federal, porque la iniciativa innovadora surgió en y de las propias provincias.

Después de la reforma a la constitución federal, otras provincias realizaron las suyas. Así, Chubut, Buenos Aires, La Pampa, Chaco y Santa Cruz.

IV. EL CASO Y LA SITUACIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

La reforma de 1994

27. — Sabemos que con la reforma de 1994 la ciudad de Buenos Aires ha adquirido un *status especial* que la hace sujeto de la relación federal sin ser una provincia ni revestir su categoría política (ver cap. VIII, acápite V).

La norma de base que se ha incorporado a la constitución es el art. 129, que integra el título segundo dedicado a "Gobiernos de Provincia". En dicha norma se consigna, para lo que acá interesa, que el congreso debe convocar a los habitantes de la ciudad para que, mediante representantes que elijan a ese efecto, dicten el *Estatuto Organizativo* de sus instituciones.

Hay que advertir que no se habla de "constitución", ni de "convención" constituyente. El vocabulario que desde la reforma se viene utilizando designa a ese cuerpo como "Estatuyente", porque tiene a su cargo dictar al Estatuto.

28. — Del contexto en que se inserta la autonomía de la ciudad de Buenos Aires mientras mantenga su condición de *capital federal* surge claramente que la competencia para dictar su Estatuto Orga-nizativo es más reducida y cuenta con más límites que el poder constituyente de las provincias.

En efecto, consideramos suficientemente claro que:

a) la Estatuyente debe, analógicamente, tomar en cuenta el *techo federal* de los arts. 5º, 31 y 75 inc. 22 de la constitución; pero, además, y también,

b) la *ley* del congreso que el mismo art. 129 contempla para *garantizar los intereses del estado federal* mientras la ciudad sea capital federal; se dictó ya vencido el plazo estipulado en la disposición transitoria décimoquinta, y lleva el nº 24.588.

29. — No aparece, en cambio, ninguna limitación que pueda derivar de la ley del congreso convocando a elecciones para integrar la Estatuyente y para designar jefe y vicejefe de gobierno. Dicha ley, nº 24.620, del 28 de diciembre de 1995, estableció una serie de pautas que nada tienen que ver con la ley de garantía ni con los intereses del estado federal (nº 24.588, del 27 de noviembre de 1995). Por ende, las limitaciones excesivas que innecesariamente fijó la ley 24.620 invadieron competencias que por el art. 129 de la constitución están discernidas a la Estatuyente de la ciudad de Buenos Aires.

Apéndice al capítulo VI

LEY 24.309

DECLARACIÓN DE LA NECESIDAD DE REFORMA DE LA CONSTITUCION

Sanción: 29/12/1993 Prom.: 29/12/1993 B.O.: 31/12/1993

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en congreso, etc., sancionan con fuerza de ley.

Art. 1º. — Declárase necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957.

Art. 2º. — La Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los siguientes artículos: 45, 46, 48, 55, 67 (inciso 27), 68, 69, 70, 71, 72, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (incisos 1, 3, 5, 10, 13, 20), 87 y 99.

b) Reformar el Capítulo IV, Sección II, Parte Segunda de la Constitución Nacional.

c) Incorporar dos nuevos incisos al artículo 67, un nuevo inciso al artículo 86, un nuevo artículo en un nuevo capítulo de la Sección IV de la Parte Segunda de la Constitución Nacional y un nuevo artículo en el Capítulo I de la Sección III de la Parte Segunda de la Constitución Nacional.

d) Sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias.

La finalidad, el sentido y el alcance de la reforma que habilita este artículo 2º se expresa en el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas que a continuación se detalla:

NÚCLEO DE COINCIDENCIAS BÁSICAS

A. Atenuación del sistema presidencialista.

Se promueve la creación de un jefe de Gabinete de Ministros, nombrado y removido por el Presidente de la Nación, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, que podrá también removerlo mediante un voto de censura.

a) Sus atribuciones serán:

1. Tener a su cargo la administración general del país.

2. Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al Presidente.

3. Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el Presidente de la Nación, resolviendo en acuerdo de gabinete ciertas materias si así lo indicara el Poder Ejecutivo o por su propia decisión cuando, por su importancia, lo estime necesario.

4. Coordinar, preparar y convocar las reuniones del gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del Presidente.

5. En acuerdo de gabinete de ministros, decidir el envío al Congreso Nacional del proyecto de ley de ministerios y del presupuesto nacional, previa aprobación del Poder Ejecutivo.

6. Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional.

7. Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el Presidente de la Nación.

8. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso a la convocatoria a sesiones extraordinarias y los mensajes del Presidente que promuevan la iniciativa legislativa.

9. Concurrir en forma mensual al Congreso Nacional, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar sobre la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63.

10. Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar.

11. Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto con los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos.

12. Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.

13. Cumplir las obligaciones que le impone la disposición relativa a los decretos de necesidad y urgencia.

b) El jefe de gabinete puede ser interpelado, a los efectos de tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras.

c) La ley fijará el número y la competencia de los ministros.

* A los efectos de introducir las modificaciones propuestas se aconseja habilitar la reforma del Capítulo IV, Sección II, Parte Segunda de la Constitución Nacional, que pasará a denominarse “Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo”.

* Con el fin de adecuar las atribuciones del Poder Ejecutivo a las modificaciones señaladas, se aconseja también la reforma de los incisos pertinentes del artículo 86 de la Constitución Nacional, del modo que sigue:

Inciso 1: Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, y responsable político de la administración general del país.

Inciso 10: …por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete y a los demás ministros del despacho… (el resto del inciso sin modificaciones).

Inciso 13: Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión con arreglo a la ley o presupuestos de gastos nacionales.

Inciso 20: Puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos son obligados a darlos.

B. Reducción del mandato de Presidente y Vicepresidente de la Nación a cuatro años con reelección inmediata por un solo período, considerando el actual mandato presidencial como un primer período.

* Para lograr estos objetivos se aconseja la reforma del actual artículo 77 de la Constitución Nacional.

C. Coincidentemente con el principio de libertad de cultos se eliminará el requisito confesional para ser Presidente de la Nación.

Se propone modificar el artículo 76 de la Constitución Nacional en el párrafo pertinente, y el artículo 80 en cuanto a los términos del juramento.

D. Elección directa de tres senadores, dos por la mayoría y uno por la primera minoría, por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires, y la reducción de los mandatos de quienes resulten electos.

a) Inmediata vigencia de la reforma, a partir de 1995, mediante la incorpo-ración del tercer senador por provincia, garantizando la representación por la primera minoría.

* Para llevar a cabo lo arriba enunciado se aconseja la reforma de los artículos 46 y 48 de la Constitución Nacional.

b) Una cláusula transitoria atenderá las necesidades resultantes de:

1. El respeto de los mandatos existentes.

2. La decisión de integrar la representación con el tercer senador a partir de 1995. A tal fin, los órganos previstos en el artículo 46 de la Constitución Nacional en su texto de 1853 elegirán un tercer senador, cuidando que las designaciones, consideradas en su totalidad, otorguen representación a la primera minoría de la Legislatura o cuerpo electoral, según sea el caso.

E. Elección directa por doble vuelta del Presidente y Vicepresidente de la Nación.

El Presidente y el Vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del Presidente en ejercicio.

La segunda vuelta electoral se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días.

Sin embargo, cuando la fórmula que resulte ganadora en la primera vuelta hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y Vicepresidente de la Nación. También lo serán si hubiera obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor a diez puntos porcentuales, respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos, sobre la fórmula que le sigue en número de votos.

* A tales efectos se aconseja la reforma de los artículos 81 a 85 de la Constitución Nacional.

F. La elección directa del intendente y la reforma de la ciudad de Buenos Aires.

a) El pueblo de la ciudad de Buenos Aires elegirá directamente su jefe de gobierno.

b) La ciudad de Buenos Aires será dotada de un status constitucional especial, que le reconozca autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción.

c) Una regla especial garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

* Para llevar a cabo estas modificaciones se aconseja la reforma al artículo 67, inciso 27, y al artículo 86, inciso 3º de la Constitución Nacional.

d) Disposición transitoria. Hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejercerá sobre la capital de la República las facultades establecidas en el inciso 27, del artículo 67.

G. Regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y procedimientos para agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes.

a) Decretos de necesidad y urgencia.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución, el ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el refrendo del jefe de gabinete y los restantes ministros.

El jefe de gabinete, personalmente y dentro de los diez (10) días de su sanción, someterá la medida a consideración de una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías.

* Por agregado del inciso 23 al artículo 86 de la Constitución Nacional.

b) Legislación delegada.

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública y con plazos fijados para su ejercicio.

Es necesario el refrendo del jefe de gabinete para el dictado de decretos por el Poder Ejecutivo que ejerzan facultades delegadas por el Congreso Nacional. Esos decretos se hallan sujetos al control de la comisión bicameral permanente mencionada en el apartado anterior.

La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio, caducará automáticamente a los cinco (5) años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso Nacional ratifique expresamente por una nueva ley.

La caducidad resultante del transcurso de los plazos previstos en los párrafos anteriores no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas en el amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

* Se propone un nuevo inciso agregado al artículo 67 de la Constitución Nacional.

c) Reducción a tres las intervenciones posibles de las Cámaras.

Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuese objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indi-carse el resultado de la votación a efectos de especificar si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría simple o por las dos terceras partes de sus miembros. La Cámara de origen podrá por simple mayoría aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o mediante insistencia de la redacción originaria, excepto que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora con la indicada mayoría de las dos terceras partes. En este último caso el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la cámara revisora, requiriendo la Cámara de origen para insistir en su redacción originaria del voto de las dos terceras partes de sus miembros. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

* Se postula la reforma del artículo 71 de la Constitución Nacional.

d) Proyectos desechados parcialmente.

Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas sólo podrán ser promulgadas si constituyen porciones escindibles del texto primitivo, y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

En este caso, será de aplicación el procedimiento previsto respecto de los decretos de necesidad y urgencia.

* Se postula la reforma del artículo 70 de la Constitución Nacional.

e) Extensión de sesiones ordinarias del Congreso.

Las sesiones ordinarias del Congreso se extenderán entre el 1º de marzo y el 30 de noviembre de cada año.

* Se propone la reforma del artículo 55 de la Constitución Nacional.

f) Procedimientos de aprobación de leyes en general en plenario y en particular en comisiones; y la compatibilización de las posiciones de las Cámaras por comisiones de enlace bicameral. Exclusión de la sanción ficta de proyectos legislativos.

De común acuerdo se ha resuelto excluir reformas tendientes a introducir la sanción tácita, tanto en proyectos de leyes de necesidad y urgente tratamiento, como en casos de proyectos aprobados por una de las Cámaras.

* Se propone habilitar el artículo 69 de la Constitución Nacional a los efectos de introducir reformas con el sentido y reservas indicadas, cuya redacción quedará librada a la Convención Constituyente.

H. Consejo de la Magistratura.

Un Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial, tendrá a su cargo la selección de magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente, de modo que procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, y de los abogados. Será integrado, asimismo, por otras personalidades del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

2. Emitir propuestas (en dupla o terna) vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

4. Ejercer facultades disciplinarias.

5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados.

6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia.

* Todo ello por incorporación de un artículo nuevo y por reforma al artículo 99 de la Constitución Nacional.

I. Designación de los magistrados federales.

1. Los jueces de la Corte Suprema serán designadas por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros o por dos tercios de los miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto.

2. Los demás jueces serán designados por el Presidente de la Nación por una propuesta vinculante (en dupla o terna) del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado en sesión pública en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

La designación de los magistrados de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las mismas reglas, hasta tanto las normas organizativas pertinentes establezcan el sistema aplicable.

* Por reforma al artículo 86, inciso 5º de la Constitución Nacional. Las alternativas que se expresan en el texto quedan sujetas a la decisión de la Convención Constituyente.

J. Remoción de magistrados federales.

1. Los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán removidos únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes.

2. Los demás jueces serán removidos, por las mismas causales, por un Jurado de Enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados, abogados y personalidades independientes, designados de la forma que establezca la ley.

La remoción de los magistrados de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las mismas reglas, hasta tanto las normas organizativas pertinentes establezcan el sistema aplicable.

* Por reforma al artículo 45 de la Constitución Nacional.

K. Control de la administración pública.

El control externo del sector público nacional, en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, es una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública está sustentado en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo, con autonomía funcional y dependencia técnica del Congreso de la Nación, se integra del modo que establezca la ley que reglamente su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara; la Presidencia del organismo estará reservada a una persona propuesta por el principal partido de la oposición legislativa.

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuere su modalidad de organización. Intervendrá en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

* Se propone la incorporación a través de un artículo nuevo, en la Segunda Parte, Sección IV, en un nuevo capítulo.

L. Establecimiento de mayorías especiales para la sanción de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos.

Los proyectos de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos actualmente vigentes deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de cada una de las Cámaras.

* Por agregado al artículo 68 de la Constitución Nacional.

LL. Intervención federal.

La intervención federal es facultad del Congreso de la Nación. En caso de receso, puede decretarla el Poder Ejecutivo Nacional, y simultáneamente, convocará al Congreso para su tratamiento.

* Por inciso agregado al artículo 67 de la Constitución Nacional.

Art. 3º. — Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación:

A tal efecto la Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108.

b) Incorporar un nuevo capítulo a la Primera Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo capítulo a la Segunda Partes de la Constitución Nacional, con cuatro artículos y un nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional.

c) Sancionar las disposiciones transitorias necesarias.

En todos los casos esa habilitación está referida a los siguientes:

TEMAS QUE SON HABILITADOS POR EL CONGRESO NACIONAL PARA SU DEBATE
POR LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE

A. Fortalecimiento del régimen federal.

Distribución de competencias entre la nación y las provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos. Régimen de coparticipación.

b) Creación de regiones para el desarrollo económico social.

c) Jurisdicción provincial en los establecimientos de utilidades nacionales.

d) Posibilidad de realizar por las provincias gestiones internacionales en tanto no afecten las facultades que al respecto corresponden al Gobierno Federal, no sean incompatibles con la política exterior que éste conduce y no importen la celebración de tratados de aquel carácter.

* Por incisos agregados y por reformas a incisos del artículo 67 y a los artículos 107 y 108 de la Constitución Nacional.

B. Autonomía municipal.

* Por reforma al artículo 106 de la Constitución Nacional.

C. Posibilidad de incorporación de la iniciativa y de la consulta popular como mecanismos de democracia semidirecta.

* Por habilitación de un artículo nuevo a incorporar en un capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

D. Posibilidad de establecer el acuerdo del Senado para la designación de ciertos funcionarios de organismos de control y del Banco Central, excluida la Auditoría General de la Nación.

* Por nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional.

E. Actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional.

F. Establecer el Defensor del Pueblo.

* Se postula su incorporación por un artículo en la Segunda Parte, en el nuevo capítulo.

G. Ministerio Público como órgano extrapoder.

* Por habilitación de un artículo a incorporarse en la Segunda Parte, en el nuevo capítulo.

H. Facultades del Congreso respecto de pedidos de informes, interpelación y comisiones de investigación.

* Por reforma al artículo 63 de la Constitución Nacional.

I. Institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales.

* Por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional.

J. Garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional.

* Por habilitación de artículos nuevos a incorporar en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

K. Preservación del medio ambiente.

* Por habilitación de un artículo nuevo a incorporar en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

L. Creación de un Consejo Económico y Social con carácter consultivo.

* Por habilitación de un artículo a incorporarse en la Segunda Parte, en el nuevo capítulo.

LL. Adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

* Por reforma al artículo 67, inciso 15 de la Constitución Nacional.

M. Defensa de la competencia, del usuario y del consumidor.

* Por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

N. Consagración expresa del habeas corpus y del amparo.

* Por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

Ñ. Implementar la posibilidad de unificar la iniciación de todos los mandatos electivos en una misma fecha.

* Por habilitación de una cláusula transitoria de la Constitución Nacional.

Art. 4º. — La Convención Constituyente se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para su debate, conforme queda establecido en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración.

Art. 5º. — La Convención podrá tratar en sesiones diferentes el contenido de la reforma, pero los temas indicados en el artículo 2º de esta ley de declaración deberán ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes.

Art. 6º. — Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración.

Art. 7º. — La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Unico de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

Art. 8º. — El Poder Ejecutivo nacional convocará al pueblo de la Nación dentro de los ciento veinte (120) días de promulgada la presente ley de declaración para elegir a los convencionales constituyentes que reformarán la Constitución Nacional.

Art. 9º. — Cada provincia y la Capital Federal elegirá un número de convencionales constituyentes igual al total de legisladores que envían al Congreso de la Nación.

Art. 10. — Los convencionales constituyentes serán elegidos en forma directa por el pueblo de la Nación Argentina y la representación será distribuida mediante el sistema proporcional D'Hont con arreglo a la ley general vigente en la materia para la elección de diputados nacionales.

A la elección de convencionales constituyentes se aplicarán las normas del Código Electoral Nacional (t.o. decreto 2135/83, con las modificaciones introducidas por las leyes 23.247, 23.476 y 24.012); se autoriza al Poder Ejecutivo, a este solo efecto, a reducir el plazo de exhibición de padrones.

Art. 11. — Para ser convencional constituyente se requiere haber cumplido 25 años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella, siendo incompatible este cargo únicamente con el de miembro del Poder Judicial de la Nación y de las provincias.

Art. 12. — La Convención Constituyente se instalará en las ciudades de Santa Fe y Paraná e iniciará su labor dentro de los sesenta (60) días posteriores a las elecciones generales a las que hace mención el artículo 8º de esta ley de declaración. Deberá terminar su cometido dentro de los noventa (90) días de su instalación y no podrá prorrogar su mandato.

Art. 13. — La Convención Constituyente será juez último de la validez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros y se regirá por el reglamento interno de la Cámara de Diputados de la Nación, sin perjuicio de la facultad de la Convención Constituyente de modificarlo a fin de agilizar su funcionamiento.

Art. 14. — Los convencionales constituyentes gozarán de todos los derechos, prerrogativas e inmunidades, inherentes a los Diputados de la Nación, y tendrá una compensación económica equivalente.

Art. 15. — La Convención Constituyente tendrá la facultad de realizar la renumeración de los artículos y compatibilizaciones de denominación de los títulos, de las secciones y de los capítulos de la Constitución Nacional que resulten después de la reforma.

Art. 16. — Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a realizar los gastos necesarios que demande la ejecución de esta ley de declaración. También se lo faculta a efectuar las reestructuraciones y modificaciones presupuestarias que resulten necesarias a este fin.

Art. 17. — Comuníquese al Poder Ejecutivo. — Alberto R. Pierri. — Eduardo Menem. — Juan Estrada. — Edgardo Piuzzi.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a los veintinueve días del mes de diciembre del año mil novecientos noventa y tres.

Decreto 2700/93

Bs. As., 29/12/93

Por tanto:

Téngase por Ley de la Nación Nº 24.309, cúmplase, comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — MENEM. — Carlos F. Ruckauf.

CAPÍTULO VII

EL ESTADO ARGENTINO Y SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN. - Los nombres del estado. - Los elementos del estado. - *A) La población. - La nación. - B) El territorio. - Jurisdicción, dominio y territorio.* - II. LA NACIONALIDAD Y LA CIUDADANÍA. - Su caracterización general. - La nacionalidad y la ciudadanía en nuestro derecho constitucional: sus clases. - *La ley 346, y la reforma constitucional de 1994. - La subsistencia de la identidad constitucional entre nacionalidad y ciudadanía. - La nacionalidad "por naturalización".* - La pérdida de la nacionalidad. - *La "pérdida" de la "ciudadanía".* - La "unidad" de nacionalidad. - *La doble nacionalidad. - La "ciudadanía" provincial.* - La nacionalidad por matrimonio. - Los tratados internacionales sobre derechos humanos. - La protección de nacionales y extranjeros. - III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS. - El ingreso y la admisión. - *El asilo político. - Los refugiados.* - La inmigración. - La permanencia y la expulsión de extranjeros. - *Los tratados internacionales de derechos humanos.* - Las personas jurídicas extranjeras. - IV. EL PODER Y EL GOBIERNO. - La legitimidad "de origen" y "de ejercicio". - *Los gobernantes de facto.* - La soberanía. - El gobierno federal. - La república y la representación. - Las formas "semidirectas". - V. LAS FORMAS DE ESTADO. - El federalismo y la democracia. - VI. LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES. - Su encuadre. - Los deberes del hombre: sus modalidades y clases. - *La fuente de las obligaciones de los particulares. - Las obligaciones correlativas de los derechos personales. - La objeción de conciencia.* - Las obligaciones del estado.

I. INTRODUCCIÓN

Los nombres del estado

1. — El estado argentino surge en *1853* y se organiza con la constitución de ese mismo año. Sin embargo, su ciclo de *poder constituyente originario* permanece abierto *hasta 1860,* en que concluye y se clausura con la incorporación de la provincia de Buenos Aires (ver cap. VI, nº 6).

Nuestro estado recibe, a través de esa constitución, diversos *nombres,* todos ellos igualmente *oficiales,* que derivan de la tradición y el uso histórico a partir de 1810. El art. 35 dice que: "las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente…". Pero en la formación y sanción de las leyes el citado artículo obliga a emplear el nombre "Nación Argentina". De estos cuatro nombres, el uso actual mantiene sólo dos: *República Argentina y Nación Argentina.* La propia constitución, desde la reforma de 1860, emplea habitualmente el segundo.

De todos estos nombres oficiales, el que personalmente nos resulta más sugestivo es el de *Provincias Unidas.* En primer lugar, tiene ancestro histórico muy significativo. En segundo lugar, es el que mejor se adecua a la realidad federativa de nuestro estado porque, en verdad, ¿qué es la República Argentina? Una unión de provincias —catorce preexistentes, y las demás surgidas dentro del mismo territorio originario por provincialización de territorios naciona- les—. Hoy no queda ningún espacio geográfico que no sea provincial, y la ciudad de Buenos Aires, que es sede de la capital federal, tiene un régimen de gobierno autónomo con la reforma de 1994.

Los elementos del estado

2. — Nuestro estado se compone de los cuatro elementos que integran a todo estado, a saber: *población, territorio, poder y gobierno.*

A) La población

3. — La *población* o elemento humano consta de *hombres* que, en su convivencia, forman grupos, asociaciones, instituciones, etc., y se relacionan en interacciones y procesos sociales.

Nuestra constitución utiliza la palabra "habitantes" para mencionar a los hombres que integran la población. Dicha terminología es correcta porque, en la vinculación política del hombre con el estado, alude a la especificación más amplia posible.

4. — Ahora bien: la palabra habitante tampoco debe ceñirse a una rigurosa acepción literal. En un determinado momento, en el que hipotética e imaginariamente hiciéramos un corte temporal, todos los hombres que estuvieran físicamente en el territorio del estado, formarían su población de ese mismo momento; con ello

comprendemos que en el elemento humano o población en sentido lato podemos incluir a tres clases de hombres: a) los que *habitualmente* y con cierta *permanencia habitan* en el territorio; b) los que *residen* en él *sin habitualidad* permanente; c) los *transeúntes.*

El elemento humano que se denomina *población* también admite como término equivalente la palabra *pueblo.* En sentido lato, población y pueblo coinciden. No obstante, haciendo una depuración conceptual se puede llegar a admitir una serie de acepciones más restringidas.

A *la población estable* la podemos denominar "pueblo". A la *flotante* meramente "población".

Fuera ya de los hombres que, de alguna manera, componen en un momento dado la población, encontramos excepcionalmente los supuestos en que la juris-dicción de nuestro estado alcanza —tanto a favor como en contra— a hombres que no forman su población, pero que en virtud de algún *punto de conexión* con dicha jurisdicción, la provocan. Sobre esto volveremos al tratar el ámbito territorial y personal de la declaración de derechos (ver cap. IX, nº 42).

También se llama *pueblo* a la parte de la población con *derechos "políticos",* o más concretamente, pueblo es el *cuerpo electoral.*

5. — Tres acepciones que rechazamos rotundamente son:

a) Pueblo como sinónimo de "nación".

b) Pueblo como sinónimo de unidad politizada (pueblo convertido en estado, pueblo soberano, pueblo en unidad de raza organizado políticamente —versión nacionalsocialista—, etc.).

c) Pueblo como nombre peyorativo de la población más pobre y proletaria.

Creemos interpretar que nuestra constitución asume el vocablo "pueblo" en las dos significaciones aceptables. a) En primer lugar, como conjunto de hombres que forman la *población* del estado, asimilándolo al concepto genérico de sociedad o comunidad que convive en un espacio territorial; así, por ej., en el preámbulo: "Nos los representantes del pueblo…". b) En segundo lugar, como *cuerpo electoral:* así, por ej., en el art. 45: "La cámara de diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de…".

6. — El pueblo o población se compone solamente, *según nuestra constitución formal,* de dos clases de hombres: a) los *nacionales* o *ciudadanos,* y b) los *extranjeros* no naturalizados.

Conforme al *texto de la misma constitución,* parece exacta la tesis de González Calderón en el sentido de que ella *equipara nacionalidad* y *ciudadanía,* como surge del art. 20, donde reconoce a los "extranjeros" los mismos derechos civiles del "ciudadano" (no dice: del "nacional"), no desvirtuándose esta identidad por el hecho de que el actual art. 75 inc. 12 haya sustituido la terminología "*ciudadanía* natural" del anterior art. 67 inc. 11 por la de "*nacio-nalidad* natural". *En las normas de la constitución, pues, todo ciudadano es nacional, y todo nacional es ciudadano.* Quien no es ciudadano o nacional es extranjero.

Un cuadro lo resume mejor:

Habitantes	*Argentinos* (nacionales y ciudadanos)	nativos	
		naturalizados	(son originaria-mente los *ex-tranjeros* que se naturalizan "argentinos").
	Extranjeros (los que *no* se "naturalizan" argentinos)		

La nación

7. — La *nación* es una "comunidad" de hombres. Su estudio pertenece a la ciencia política y a la sociología. El derecho constitucional se ocupa de la nación sólo en cuanto la constitución formal y las leyes se refieren también a ella en las normas escritas.

Doctrinariamente, la nación definida como *comunidad* se encuadra entre las formas de "sociabilidad espontánea", preponderantemente de tipo pasivo. La nación *no puede organizarse, no puede adquirir estructuras* que la institucionalicen, *no se convierte en estado.* La nación no tiene ni puede tener poder, no se politiza, no es una persona moral ni jurídica, ni un sujeto de derechos. Por un lado no sólo afirmamos que nación y estado son diferentes, sino que agregamos: *la nación no deviene estado.*

8. — El derecho constitucional, no sólo argentino sino comparado, sigue manejando el concepto equivocado de la nación politizada o transformada en estado. Nuestra constitución incurre en ese error en su orden normativo formal. Por un lado, desde el preámbulo emplea la locución "Nación Argentina", al invocar al pueblo "de la Nación Argentina". Por otro lado, institucionaliza la misma locución entre los nombres oficiales del estado en el art. 35, adoptándolo obligatoriamente para la sanción de las leyes. Repetidas veces menciona a los habitantes de la "nación", al presidente de la "na-ción", al territorio de la "nación", etc., cuando en rigor, la nación no se habita, la nación no tiene jefatura, la nación carece de territorio. Resulta evidente que la constitución ha acogido la definición francesa, tan combatida por nosotros, de que "el estado es la nación política y jurídicamente organizada".

9. — Tomando en consideración la forma federal de nuestro estado, la palabra "Nación" ha sido adoptada también —según explica Joaquín V. González— para distinguirla de "las *provincias* que la componen". "Nación" y "provincias" importan, así, la dualidad de nuestra organización federal. Ello es también falso, porque las provincias no componen una nación, sino una *federación* o *"estado" federal.*

Hasta la reforma de 1860, la unidad política que ahora la constitución llama "Nación", se denominaba "Confederación".

10. — En suma: la palabra y el concepto "Nación" tienen, en nuestra constitución dos sinonimias: a) "Nación" como equivalente a *estado;* b) "Nación" como equivalente a la *unidad política que federa a las provincias;* en este segundo caso "nacional" se opone a "provincial".

Tratando de comprender y traducir a expresiones correctas las normas constitucionales alusivas de la nación, proponemos:

a) En vez de "Nación Argentina", debe leerse y decirse: *República Argentina* o *Estado Argentino.*

b) En vez de "Nación" como *unidad integral compuesta por las provincias,* pero distinta de ellas, debe decirse: *Estado federal.*

B) El territorio

11. — El *territorio* es la *base física* o el *espacio geográfico* donde se asienta la población.

El territorio —que no está en el "haber" del estado porque no es "propiedad" suya, ni siquiera a título de domino eminente— circunscribe el *ámbito* del poder estatal en dos formas: a) *negativamente,* excluyendo de su área el ejercicio de todo poder político extranjero; b) *positivamente,* sometiendo a jurisdicción del estado a las personas y los bienes que se encuentran en el mismo territorio, o que estando fuera tienen algún punto de conexión con él.

12. — Los límites del territorio, o fronteras internacionales, deben ser "arreglados" por el congreso, conforme al art. 75 inc. 15 de la constitución.

13. — El territorio como elemento del estado abarca: a) el *suelo;* b) el *subsuelo;* c) *el espacio aéreo;* d) un *espacio marítimo* a partir del litoral marítimo.

Es frecuente que hoy se haga una división del espacio marítimo que tiene efectos importantes. A las dos partes de ese espacio se les llama "mar territo-rial" y "mar adyacente". En el primero, inmediatamente a continuación del litoral marítimo, se reconoce el *dominio* y la *jurisdicción* del estado costero; en el segundo, que viene ubicado entre el mar territorial y el mar libre, sólo se reconoce *jurisdicción parcial* (y no dominio).

El derecho del mar utiliza también actualmente el concepto de "zona económica exclusiva" a favor de los estados costeros, a fin de otorgarles "derecho" sobre los recursos naturales ubicados en ella, sean vivos o no vivos.

14. — Dada nuestra forma *federal,* hay dos problemas principales en relación con el espacio marítimo: a) la *fijación de sus límites;* b) la *pertenencia* de dicho espacio al *estado federal* o a las *provincias.*

Los límites del espacio marítimo implican establecer la *dimensión* de éste, porque su extensión va a encontrar "límite" con el mar libre. Se puede decir que, por ello, se trata de un *límite internacional,* en cuanto, pese a no ser límite estricto con el territorio de otro u otros estados, es límite con el mar que, por ser libre, queda en disponibilidad para el uso de todos los estados y de la comunidad internacional. Como los límites internacionales provocan competencia federal (del congreso) para su "arreglo", sostenemos que es el congreso el que debe delimitar el espacio marítimo.

Tal delimitación puede dar lugar a la concertación de tratados internacionales (multilaterales); y en tanto ello no ocurre, el congreso puede establecer unilate-ralmente y en forma provisional la extensión y el límite del espacio marítimo.

15. — Hemos de dilucidar ahora si el espacio marítimo integra el territorio federal o el de las provincias costeras.

En el espacio marítimo sumergido que prolonga al territorio emergente, no nos cabe duda de que aquel espacio es parte del *terri-torio provincial*, porque forma una unidad con la superficie territorial. En el resto del espacio marino que ya no continúa a la tierra emergente, cabe aplicar por accesoriedad el mismo principio.

a) La parte del espacio marítimo sobre la cual se reconoce "dominio", es de dominio de la *provincia* costera, y no de dominio federal.

En ese espacio, el estado federal sólo tiene "jurisdicción" limitada a los fines del comercio interprovincial e internacional (en virtud del art. 75 inc. 13) y de la defensa y seguridad del estado, como asimismo en las causas judiciales que por el art. 116 son propias de los tribunales federales (por ej., de almirantazgo, jurisdicción marítima, y jurisdicción aeronáutica).

b) La parte del espacio marítimo en la que no hay dominio, sino sólo "jurisdicción" parcial, ésta es también provincial, salvo en las cuestiones federales antes señaladas.

16. — El hecho de que sea el estado federal el que "arregla" los límites *internacionales* y el que "fija" los *interprovinciales* no sirve de argumento para postular que, en uso de esas competencias, el estado federal puede despojar a las provincias costeras de su espacio marítimo, porque decidir si éste integra el territorio federal o el provincial no es un problema de límites (ni internacionales ni interprovinciales), sino de *integridad territorial* de las provincias. Este problema halla sus propios principios no en las normas sobre límites sino en los arts. 3º y 13, según los cuales *el estado federal no puede desintegrar el territorio de las provincias sin el consentimiento de sus legislaturas respectivas.*

Si el territorio es un elemento del "estado", y si las provincias son "estados", el espacio marítimo que integra el territorio no puede ser desmembrado en detrimento de las provincias y a favor del estado federal.

17. — En orden a la integración del espacio marítimo en el territorio de las provincias limítrofes con el mar, el derecho constitucional ha registrado una *mutación* constitucional que, en la medida en que lo ha sustraído a las provincias, ha violado la constitución formal.

También en el derecho constitucional material, la disponibilidad que el estado federal se ha arrogado respecto del espacio marítimo, del subsuelo, y de los recursos naturales provinciales, significa otra mutación constitucional lesiva de la constitución formal.

18. — El art. 124 incluido en la *reforma de 1994* reconoce a las *provincias* el "dominio originario" de los *recursos naturales* existentes en su territorio.

Jurisdicción, dominio y territorio

19. — Conviene aclarar que no siempre hay jurisdicción sobre todo el territorio, ni cada vez que hay jurisdicción en un lugar puede decirse que ese lugar sea parte del territorio. No siempre hay jurisdicción sobre el propio territorio porque: a) no la hay cuando se reconoce —conforme al derecho internacional— inmunidad de cosas o personas (sedes diplomáticas, buques de guerra, personal diplomático, etc.) dentro del territorio de un estado; b) no la hay —total o parcialmente— en casos de territorio ocupado conforme al derecho internacional de la guerra. Viceversa, tampoco es territorio cualquier lugar en que el estado ejerce jurisdicción, porque no se considera territorio el buque de guerra en aguas de otro estado, ni el buque mercante en mar neutro, ni las sedes diplomáticas, etc.

Tampoco hay que identificar dominio y jurisdicción, porque puede existir uno sin la otra, y viceversa.

II. LA NACIONALIDAD Y LA CIUDADANÍA

Su caracterización general

20. — Para comprender nuestro punto de vista, adelantamos desde ya que conviene distinguir: a) la nacionalidad *a secas,* o si se quiere, nacionalidad "sociológica", como realidad y vínculo *sociológicos* y *espontáneos,* que no dependen del derecho positivo de los estados; b) la "nacionalidad *política* ", como calificación derivada del derecho positivo de los estados, y adjudicada por él como cualidad a los individuos, pudiendo o no coincidir con la nacionalidad a secas.

En un sentido *científico,* que corresponde a la sociología y a la ciencia política, la nacionalidad caracteriza a un hombre por el vínculo que lo une a una *"nación".* Una nación ya sabemos que no es un estado, ni se identifica o confunde con él. Esa nacionalidad se adquiere *espontáneamente,* por la pertenencia a una "nación", y no a un "estado". *No depende del derecho positivo,* ni, por ende, del derecho constitucional.

Sin embargo, como observamos que el derecho constitucional (tanto comparado como argentino) regula la nacionalidad de los hombres, y que *tal nacionalidad de un hombre depende de lo que el derecho positivo establece,* nos preguntamos: ¿qué es esta nacionalidad dependiente de lo que el derecho prescribe?

21. — En primer término, si un hombre tiene una nacionalidad conforme al derecho vigente, esa nacionalidad es una nacionalidad que, a falta de otra palabra, necesita que le adicionemos el calificativo de *"política".*

a) La *nacionalidad política* es la que un hombre tiene conforme al derecho positivo que se la adjudica, y la definiríamos como la situación jurídica con que un hombre es investido por el derecho positivo del estado *en relación* al mismo "estado", según un criterio que aquel derecho adopta (por ej., el lugar de nacimiento, o la nacionalidad paterna, o la naturalización, o el domicilio, etc.). Estamos ante los sistemas del "ius soli" y del "ius sanguinis".

22. — b) Doctrinariamente, la *ciudadanía* (pese a que nuestra constitución la identifica con la nacionalidad "política") es una *cualidad* jurídica (o condición jurídica) del hombre que consiste en un "status" derivado del derecho positivo, cuyo contenido está dado por el *ejercicio de los derechos políticos.*

La nacionalidad y la ciudadanía en nuestro derecho constitucional: sus clases

23. — Aplicando tales nociones a nuestro derecho constitucional, decimos: a) que la nacionalidad a secas (o "sociológica") *no* es materia regulada por él: b) que él *regula* la nacionalidad *política;* c) que *en el texto de la constitución, se identifica la nacionalidad "política" con la ciudadanía.*

La ley 346, y la reforma constitucional de 1994

24. — La ley 346, restablecida en su vigencia después de derogarse la 21.795 del año 1978, reguló la nacionalidad (política) o ciudadanía, distinguiendo tres clases: a) por *nacimiento*; b) por *opción;* c) por *naturalización.*

Después de la *reforma de 1994*, el actual art. 75 inc. 12 de la constitución, menciona entre las competencias del congreso, la de "dictar leyes generales para toda la Nación sobre *naturalización y nacionalidad,* con sujeción al principio de *nacionalidad natural* y *por opción* en beneficio de la *argentina".*

a) La *nacionalidad por nacimiento,* que se puede llamar también *nativa, natural,* o *de origen,* proviene de una imposición de la cons-titución, cuyo art. 75 inc. 12 se refiere a la competencia del congreso para legislar sobre "naturalización y *nacionalidad,* con sujeción al principio de

nacionalidad natural ". Es el sistema del "ius soli" (en virtud del cual, por aplicación operativa y directa de la constitución, son argentinos todos los nacidos en territorio argentino).

b) La *nacionalidad por opción* alcanza a los hijos de argentinos nativos que nacen en el extranjero, y que "optan" por la nacionalidad paterna o materna argentina. La ley 346 asumió aquí el sistema del "ius sanguinis" (por la nacionalidad de los padres) (ver nº 25).

c) La *nacionalidad por naturalización* es la que se confiere al extranjero que la peticiona de acuerdo a determinadas condiciones fijadas por el art. 20 de la constitución, que admiten amplia regla-mentación legal.

25. — La novedad que introduce la *reforma de 1994* en el *art. 75 inc. 12* de la constitución consiste en haber sustituido el vocablo "ciudadanía" por el de *nacionalidad*, y en haber añadido que la ley de naturalización y nacionalidad debe sujetarse a dos pautas: a) el principio de *nacionalidad natural* (o ius soli), y b) el principio de *opción* en beneficio de la opción por la *argentina*, que parece referido a favor de quienes nacen en el extranjero, pero son hijos de argentinos nativos (ius sanguinis).

Hasta ahora, tal nacionalidad por opción proveniente de la ley 346 fue reputada por nosotros como *inconstitucional*, por contrariar al principio del ius soli, pero a partir de ahora esa inconstitucionalidad se ha subsanado. Ello configura una hipótesis inversa a la de la inconstitucionalidad sobreviniente, precisamente porque la anterior inconstitucionalidad por discrepancia entre la ley y el texto constitucional previo a la reforma, ha desaparecido en virtud de la última.

La subsistencia de la identidad constitucional entre nacionalidad y ciudadanía

26. — La circunstancia de que en el inc. 12 del art. 75 se haya cambiado la palabra "ciudadanía" por "nacionalidad" no alcanza a desvirtuar la interpretación que siempre hicimos acerca de la *identidad* que en nuestra constitución (antes de la reforma) había entre *ciudadanía y nacionalidad.* Queremos decir que también después de la reforma siguen siendo lo mismo: *todo nacional* es, por ese hecho, a la vez y siempre *ciudadano,* aunque no titularice derechos políticos. ¿Por qué? Porque tal identidad deriva de otros artículos distintos al actual art. 75 inc. 12, que no han sido modificados, como por ejemplo el 8º y el 20, y que hay que integrar y compatibilizar con una interpretación armónica y sistemática.

Es cierto que la variación de vocablo que ha introducido la reforma podría inducir a creer que se ha querido distinguir —como es bueno hacerlo en el plano de la doctrina científica— entre nacionalidad y ciudadanía, y que ahora nuestra constitución reformada diferencia una de otra, porque alguna razón tiene que haber inducido a sustituir "ciudadanía" por "nacionalidad". No obstante, como la constitución es un todo homogéneo cuyas normas no deben comprenderse aisladamente ni desconectadas del contexto, al art. 75 inc. 12 no es válido atribuirle el sentido de neutralizar ni arrasar la clara equivalencia de ambas voces que surge de normas no reformadas que acabamos de citar.

En efecto, es imposible que el art. 20 haya dejado de significar que los derechos civiles quedan reconocidos por la constitución a todos por igual; si acaso a partir de la reforma la ciudadanía fuera algo distinto de la nacionalidad, al art. 20 habría que tenerlo como remitiendo a derechos civiles que recién se investirían cuando el nacional se convirtiera en ciudadano, con la consecuencia de que el nacional que no fuera todavía ciudadano quedaría destituido de esos derechos, lo cual es absurdo.

Lo mismo cabe decir del art. 8º.

En contra de este mantenimiento de la sinonimia constitucional entre ciu-dadanía y nacionalidad se podrá levantar otro argumento de objeción, alegando que el nuevo art. 39 reconoce el derecho de iniciativa a los "ciudadanos" (y no a los nacionales) pero bien puede armonizarse esta adjudicación de un derecho que es *político* con la subsistencia en la constitución de la igualdad gramatical y conceptual entre ciudadanía y nacionalidad, y decir entonces que el derecho "político" de iniciativa legislativa ha sido concedido por la reforma a los "ciudadanos" con el sentido de que, por ser precisamente un derecho político, sólo le cabe a los nacionales que están "en ejercicio" de los derechos políticos y no a quienes aún no son titulares de ellos, pese a ser también ciudadanos en virtud de su nacionalidad.

La nacionalidad "por naturalización"

27. — La nacionalidad por naturalización es *voluntaria:*el art. 20 de la constitución estipula que los extranjeros *no están* obligados a admitir la ciudadanía (obsérvese que aquí otra vez el

texto de la constitución usa la palabra "ciudadanía" como sinónimo de "nacionalidad"); pero obtienen la nacionalización residiendo dos años continuos en el país, pudiendo la autoridad acortar ese término en favor de quien lo solicite, alegando y probando servicios a la república.

Esto quiere decir que no hay adquisición automática ni obligatoria de la nacionalidad para los extranjeros. Es un *derecho* que se les depara si ellos desean ejercerlo, pero *no un deber* que se les impone, y es inconstitucional toda norma que en forma compulsiva o automática tenga por efecto naturalizar a extranjeros como nacionales argentinos.

La pérdida de la nacionalidad

28. — a) Tenemos convicción firme de que la nacionalidad *"natural"* (o por "ius soli") que impone nuestra constitución formal *no puede perderse.* Ello significa que ninguna ley puede establecer causales ni mecanismos de privación o de pérdida de aquella nacionalidad. Estaríamos ante soluciones inconstitucionales si ello ocurriera.

Esto es así porque, si bien la ley puede reglamentar la adjudicación de la nacionalidad natural (conforme al art. 75 inc. 12), esta nacionalidad nace *directa y operativamente de la constitución* a favor de los nacidos en territorio argentino, lo que quiere decir que la reglamentación tiene el deber de atribuir tal nacionalidad, y no dispone de espacio para prever válidamente su pérdida.

Solamente admitimos que, de acuerdo al derecho internacional público, personas nacidas en Argentina carezcan de nacionalidad argentina cuando concurren hipótesis de inmunidad diplomática (por ej., hijos de miembros del servicio exterior extranjero) o de permanencia en nuestro territorio de sus padres extranjeros por motivos de servicios asignados por su país de origen.

b) La nacionalidad "por naturalización" puede estar sujeta a pérdida por causales razonablemente previstas en la ley.

El extranjero que se naturaliza argentino pierde su nacionalidad extranjera en nuestro derecho interno, salvo tratados internacionales de bi o multinacio-nalidad.

c) La nacionalidad "por opción" (aunque se la asimile a la nativa), puede estar sujeta a pérdida, porque constitucionalmente no es nacionalidad nativa; si se obtiene voluntariamente, su adquisición no surge operativamente de la constitución, ni es —por consecuencia— irrevocable.

La "pérdida" de la "ciudadanía"

29. — Si no puede perderse la nacionalidad nativa queda dicho simultáneamente que es imposible crear causales de pérdida de la *ciudadanía nativa* (que es lo mismo).

En cambio, es válido que mediante ley o tratados razonables se prevean causales de *suspensión en el ejercicio de los derechos políticos* (porque ello no equivale a suspensión de la ciudadanía), tanto para los argentinos nativos como para los naturalizados.

Cuando la nacionalidad por naturalización o por opción (que equivalen a ciudadanía) se pierden, se pierde la correspondiente ciudadanía (que es lo mismo).

La "unidad" de nacionalidad

30. — Nuestro derecho interno acoge el principio de *unidad* de nacionalidad, o sea que una persona sólo inviste "una" *nacionalidad única,* en virtud de lo cual es nacional por nacimiento, por opción, o por naturalización (argentina), o es extranjera.

La doble nacionalidad

31. — No hallamos óbice constitucional para que Argentina admita en nuestro derecho interno la *doble* o *múltiple* nacionalidad, cuya concertación más frecuente deriva de *tratados* internacionales. La única veda constitucional es la que impide que en ellos se prevea, en tales casos, la pérdida de la nacionalidad argentina nativa.

La "ciudadanía provincial"

32. — La nacionalidad (o ciudadanía) es *una sola para todo el país.* En nuestro derecho constitucional *no hay nacionalidad ni ciudadanía provinciales.* Los ciudadanos de cada provincia —dice el art. 8º de la constitución— gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás.

Este principio significa que las provincias no pueden modificar la condición de ciudadano en perjuicio de los ciudadanos de otras, ni en beneficio de los ciudadanos de ellas, porque en definitiva todos tienen una sola ciudadanía (o nacionalidad), que no es provincial, sino "estatal" (o federal).

Sin que se excepcione ni vulnere dicha regla, el derecho público de cada provincia puede, al regular sus instituciones de gobierno, establecer que sólo los que han nacido o tienen residencia en ella reúnen la condición para acceder a determinados cargos, como también asignar las inmunidades locales a determinadas funciones (por ej., a la de legislador provincial). En cambio, el ciudadano de la provincia "A" no puede invocar en la provincia "B" inmunidades que inviste en su provincia, ni aspirar a que la provincia "B" le confiera las que ésta otorga en su jurisdicción.

De tal modo, el art. 8º ha de interpretarse como una norma que consagra la *igualdad de todos los ciudadanos en todas las provincias,* conforme al "status" uniforme que proviene de la nacionalidad única regulada por el estado federal.

La nacionalidad por matrimonio

33. — No es constitucional, a nuestro juicio, el principio de que la *mujer casada* adquiere la nacionalidad de su marido, porque significa adjudicársela compulsivamente, en detrimento de la adquisición voluntaria.

El art. 9.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, que tiene jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22, sirve ahora de sustento a nuestra tesis.

En cambio, después de la *reforma constitucional de 1994,* que en el art. 75 inc. 12 prevé la "opción" en beneficio de la nacionalidad argentina, creemos que no sería inconstitucional (como sí entendimos que lo era antes) establecer que el matrimonio con pesona argentina nativa autoriza al cónyuge que no lo es a optar por la nacionalidad argentina del otro.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos

34. — En los tratados internacionales sobre derechos humanos que por el art. 75 inc. 22 revisten jerarquía constitucional hay normas sobre nacionalidad que integran el plexo de nuestro sistema interno de derechos.

Así, la Convención de San José de Costa Rica establece que toda persona tiene derecho a una nacionalidad (art. 20.1), y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiarla (art. 20.3); toda pesona tiene derecho a la nacionalidad del estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra (art. 20.2).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos enuncia en su art. 24.3 que todo niño tiene derecho a una nacionalidad. En forma similar, el art. 7º.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Normas sobre nacionalidad hay también en las dos convenciones sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y de Discriminación contra la Mujer (arts. 5º, d, iii, y 9.1 y 2., respectivamente.

La protección de nacionales y extranjeros

35. — *Nacionales y extranjeros* gozan de los mismos derechos *civiles;* así surge del artículo 14, que al reconocer esos derechos los titulariza en los *habitantes;* y de la expresa afirmación del art. 20: “los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano”.

La equiparación nos permite anticipar que en la población de nuestro estado todos los hombres son *iguales;* a) en libertad jurídica, capacidad jurídica, y derechos; b) en su calidad de personas; y c) sin acepción de nacionalidad, raza, religión, etc.

La protección a los extranjeros en territorio argentino alcanza a *bienes* y *capitales radicados* en su territorio, aunque sus propietarios no sean habitantes. Alcanza asimismo a las *personas colectivas* o *jurídicas* (es decir no físicas), tanto en el caso de que se acepte que dichos entes tienen nacionalidad como en el de admitirse que solamente tienen domicilio.

También conviene destacar que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, cualquier persona, sea habitante o no, que por razón de los actos que realiza en el territorio del país queda *sometida a su jurisdicción,* queda también y por ese solo hecho, bajo el *amparo de la constitución y de las leyes* del estado.

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS

El ingreso y la admisión

36. — Normalmente, el primer aspecto de la vinculación de un extranjero con nuestro estado está dado por: a) el derecho de *entrar* en su territorio, y b) la *admisión* por parte del estado.

Aunque el art. 14 se refiere al derecho de los “habitantes” de *entrar* al país (y el extranjero que nunca ha entrado no es todavía habitante), debe reconocérsele que tiene ese derecho, incluso a tenor de la amplia convocatoria que hace el pre-ámbulo a todos los hombres del mundo que quieran habitar en nuestro estado.

El derecho de *ingreso*, y el consiguiente de *admisión, no son absolutos.* El ingreso no consiste en una mera entrada física que coloca al extranjero material y geográficamente dentro del territorio. El ingreso se institucionaliza, al contrario, mediante condiciones razonables que la ley establece, y con cuya verificación y aceptación se produce la “admisión” con fines de una cierta permanencia (lo cual no excluye algún tipo de control sobre la entrada de extranjeros en calidad de simples “transeúntes”).

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema tiene reconocida la facultad del estado para reglar y controlar el ingreso de extranjeros conforme con los preceptos constitucionales, del modo y en la medida que lo requiera el bien común en cada circunstancia. Este derecho de regular y condicionar la admisión de extranjeros no es incompatible —dice la Corte— con los derechos individuales que ampara la constitución.

37. — En el derecho constitucional material se acepta que el estado que puede regular y controlar el ingreso de extranjeros, puede *expulsarlos.* Incluso, ello se considera una norma del derecho internacional público consuetudinario. Como lo explicaremos por separado, no estamos de acuerdo con tal criterio en materia de *expulsión.*

El asilo político

38. — La admisión de extranjeros guarda cierta relación con el tema afín del *asilo* de exiliados políticos. No obstante, las normas que rigen al asilo político son de naturaleza diferente y especial, habiéndose situado normalmente en el campo del derecho internacional público.

El derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero está reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos, de acuerdo al derecho interno de cada estado y a los tratados internacionales (art. 22.7).

Los refugiados

39. — Debe también tenerse en cuenta el llamado *derecho de refugiados*, que se refiere —como derecho internacional que es— a la protección de personas que han debido abandonar su país de origen a causa de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, u opiniones políticas.

La Convención sobre Derechos del Niño contempla el caso del refugiado en el art. 22.

La inmigración

40. — La entrada y admisión de extranjeros se relaciona con la inmigración. Nuestra constitución implanta una política inmigratoria amplia y humanista, a tono con las pautas del preámbulo y con el pensamiento de Alberdi en la materia. El art. 25 impone al gobierno federal la *obligación de fomentar la inmigración,* y prohíbe restringir, limitar o gravar con impuestos la entrada de extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

¿Qué criterio es el que revela dicha fórmula de la constitución? Reparemos en que al propiciar la inmigración, el mismo art. 25 ha calificado a esa inmigración como *europea.* Todo ello nos demuestra que la política inmigratoria se dirige a estimular el ingreso de extranjeros que responden a un *tipo de cultura* y que vienen al país *con fines útiles.* Diríamos, entonces: una inmigración *calificada* y *útil,* según la idea de progreso que anima a la constitución, y al espíritu alberdiano que le sirvió de inspiración.

Cuando hablamos de inmigración *europea,* no debemos ceñir el adjetivo a una dimensión puramente geográfica. El constituyente aludió a Europa porque era, en su época, la parte del mundo con la que reconocía mayor afinidad de cultura y de estilo, y la parte del mundo de donde podían provenir los contin-gentes inmigratorios. Pero manejando una *interpretación histórica* y *dinámica* de la constitución, hoy hemos de admitir que en el art. 25 su autor pensó en una inmigración apta para el progreso moral y material de nuestra comunidad, y que por ende, no se descarta la inmigración "no europea" que reúne similares condiciones de idoneidad que la individualizada como europea en 1853.

Las pautas sobre inmigración son aplicables, en principio, no sólo a la inmigración masiva o plural, sino también al *ingreso individual* de extranjeros.

La permanencia y la expulsión de extranjeros

41. — a) Los *residentes "ilegales"* son los que ingresan y permanecen en territorio argentino sin haberse sometido a los controles de admisión reglamentarios y razonables, o que se quedan en él después de vencer el plazo de la autorización de permanencia concedida al entrar.

Puede negárseles el ejercicio de algunos derechos (trabajar, comerciar, ejercer industria, abrir cuenta bancaria, etc.), pero no otros; así, es imposible negar que gozan del derecho a la vida o a la salud (si alguien los mata o lesiona, el acto es punible); como es imposible decir que si acaso se hacen parte en juicio se les pueda negar la garantía del debido proceso y de la defensa; o que se pueda allanar sus domicilios; o confiscarles la propiedad que posean (por ej., el dinero que llevan encima o tienen en su vivienda).

b) Los *residentes "temporarios"* son los que han recibido autorización para permanecer legalmente durante un lapso determinado, a cuyo término deben salir del país si no se les renueva la residencia o si no se los reconoce como residentes "permanentes".

c) Los *residentes "permanentes"* (así considerados reglamenta-riamente) son habitantes, porque su permanencia es legalmente regular.

El derecho judicial de la Corte permite interpretar que quien ingresa y/o permanece ilegalmente en nuestro territorio puede bonificar el vicio y adquirir calidad de "habitante" si, no expulsado inmediatamente después de su ingreso, acredita durante el lapso de permanencia ilegal su buena conducta.

42. — Latamente, puede involucrarse en el término "expulsión" toda salida de una persona que se encuentra en territorio argentino, dispuesta coactivamente por el estado, tanto si su presencia es legal como si es ilegal.

Alguna jurisprudencia de la Corte ha considerado que la facultad de expulsar es paralela a la de impedir la entrada de extranjeros que no reúnen las condiciones fijadas por la ley. No obstante, cabe hacer distinciones.

a) Como principio, la expulsión de extranjeros es considerada por nosotros como *inconstitucional*, porque implica violar la igualdad civil de derechos que la constitución reconoce a nacionales y extranjeros. Si el nacional no es expulsable, no puede serlo el extranjero, que por el

art. 20 se encuentra equiparado en sus derechos. Acá juega el derecho de "permanecer" en el país, reconocido en el art. 14.

b) A la antedicha inconstitucionalidad se puede sumar la que deriva de leyes que autorizan la expulsión mediante un procedimiento administrativo, en el que no se garantiza el derecho de defensa, y contra cuya decisión no se prevé revisión judicial.

c) Si el extranjero ha entrado *ilegalmente* al país sin cumplir —o violando— reglamentaciones razonables sobre el ingreso, no es inconstitucional que, previa declaración administrativa sobre la ilegalidad del ingreso o de la permanencia, se ordene la expulsión, a condición de que, mínimamente: c') se otorgue al imputado la oportunidad de defensa y prueba; c'') la resolución expulsatoria sea revisable judicialmente; c''') la medida se adopte con inmediatez razonable respecto del ingreso ilegal.

En realidad, en el caso del inc. c) *no se trata de una expulsión* en sentido genuino, sino de un control "a posteriori" del ingreso ilegal o clandestino, que suple al que no pudo llevarse a cabo en el momento de la entrada (por evasión u ocultamiento del extranjero, que no se sometió a las condiciones reglamentarias de ingreso o admisión).

d) Pese al ingreso ilegal o clandestino, el extranjero que ha adquirido la calidad de *habitante* no puede ser posteriormente expulsado.

e) Si el extranjero entra y es admitido legalmente con residencia y radicación transitorias, el estado puede negar a su vencimiento la radicación definitiva, pero su decisión de no autorizar la permanencia debe satisfacer mínimamente los siguientes requisitos: e') la razonabilidad de la denegatoria; e'') oportunidad de defensa y prueba para el interesado; e''') posibilidad de revisión judicial de la denegatoria.

f) El extranjero que después de su radicación legal en el país se ausenta de él, tiene derecho a *regresar* en calidad de habitante.

En materia de expulsión de extranjeros, su admisibilidad ha producido una *mutación* constitucional violatoria de la constitución formal, aun cuando pueda contar a su favor con el aval del derecho internacional público.

43. — En el derecho judicial de la Corte, que ha aceptado la facultad de expulsión de extranjeros, también se han descalificado denegatorias de permanencia o radicación que se consideraron arbitrarias.

Entre los múltiples casos cabe citar: "Maciá y Gassol", de 1928, "Deportados en el Transporte Chaco", de 1932; "Argüello Argüello" y "Britos Silvestre", de 1967; "Acosta W. c/Gobierno Nacional", de 1970.

44. — Nuestra opinión acerca de la inconstitucionalidad de la expulsión de extranjeros abarca también los supuestos en que la medida se adopta por delitos cometidos en la república, o por actividades peligrosas para la tranquilidad y la seguridad públicas, y tanto si el extranjero se halla legalmente en el país como ilegalmente (porque si su permanencia es ilegal, la salida compulsiva sólo se puede ordenar para suplir la falta de control en el ingreso, pero no por actos cumplidos en el país después de entrar en él).

45. — El extranjero que se *naturaliza* "argentino" deja de ser extranjero y adquiere nacionalidad argentina, por cuya razón es obvio que su situación no encuadra en el tema de *expulsión* de "extranjeros".

46. — La salida compulsiva de extranjeros se vincula marginalmente con la *extradición* que, con respecto a extranjeros que se encuentran en nuestro territorio, demandan otros estados. La extradición tiende a regularse dentro del derecho internacional público, mediante tratados bilaterales y tratados colectivos.

Los tratados internacionales de derechos humanos

47. — Debemos analizar si las previsiones que en el derecho internacional incorporado al derecho argentino habilitan al estado a expulsar extranjeros, implican una permisión de la que nuestro país puede prevalerse lisa y llanamente. El Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tienen la misma jerarquía de la constitución, contienen normas permisivas de la expulsión de extranjeros (arts. 22 y 13, respectivamente), bien que la rodean de garantías.

Téngase en cuenta que hemos sostenido que en el derecho constitucional argentino es *inconstitucional* la expulsión de extranjeros. Entonces se abre la disyuntiva: el derecho interno la impide, y el derecho internacional la admite.

Para tomar partido, acudimos al art. 29 inc. b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme al cual ninguna norma de ella puede interpretarse en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido (entre otras fuentes) por las leyes de los estados-parte. Entonces, si en el derecho argentino hay impedimento constitucional para expulsar extranjeros, bien cabe afirmar que la permisión que contiene el tratado *debe ceder al mejor derecho a la "no expulsión"* que surge de nuestra constitución, porque la norma del tratado no se puede interpretar en sentido de limitar un derecho oriundo del ordenamiento interno del estado.

En tal forma nuestra opinión es ésta: *los tratados que permiten la expulsión de extranjeros no pueden invocarse ni aplicarse en nuestra jurisdicción interna* porque el propio derecho internacional que la autoriza hace prevalecer, en el caso, el mejor derecho que surge del derecho interno.

48. — En otros tratados con jerarquía constitucional hay normas que para casos especiales limitan o prohíben la facultad del estado para expulsar, extraditar o devolver personas a otro estado (por ej.: la convención contra la tortura en el art. 3º y el propio Pacto de San José en el art. 22.8).

Las personas jurídicas extranjeras

49. — Dentro del tema referente a los extranjeros, cabe hacer una alusión somera al derecho de extranjería de las *personas jurídicas* o de *existencia ideal o colectiva.* ¿Se reconocen o no en nuestro derecho constitucional? Respondemos *afirmativamente.* Prescindiendo de las normas del derecho civil en que se apoya tal reconocimiento, creemos que a nivel constitucional hay un fundamento dikelógico del que participa la ideología política de nuestra constitución formal, y que es el siguiente: el valor justicia impone tal reconocimiento extraterritorial por análogas razones a las que aceptan la extraterritorialidad del derecho extranjero, y por respeto a la eficacia extraterritorial de los actos jurídicos en virtud de los cuales se han creado o constituido fuera del país las personas jurídicas extranjeras.

No parece dudoso que también se reconoce la extraterritorialidad de las asociaciones que, sin ser personas jurídicas, son sujetos de derecho.

IV. EL PODER Y EL GOBIERNO

50. — a) El *poder* es el tercer elemento del estado, y consiste en la capacidad, competencia o energía de que el estado dispone para cumplir su fin.

El poder en cuanto potencia disponible requiere ser puesto *en acto,* o sea impulsado y ejercido. Quienes lo ejercen, son los *gobernantes, titulares o detentadores* del poder. También se los llama *operadores constitucionales*. Los hombres titulares del poder aparecen en el orden normativo como *órganos,* y su conjunto compone el *gobierno,* que es el cuarto elemento del estado.

b) El *gobierno* es, entonces, el conjunto de *órganos* que ejercen el poder del estado a través de sus diversas funciones. La actividad del gobierno se imputa o atribuye al estado en cuanto persona jurídica a la cual los órganos gubernativos representan.

La legitimidad "de origen" y "de ejercicio"

51. — Tradicionalmente se ha hablado, con referencia al poder, de una *legitimidad de origen,* y de una *legitimidad de ejercicio.*

a) La *legitimación de origen* hace al título del gobernante, y depende concretamente del derecho positivo de cada estado, como que consiste en el *acceso al poder* mediante las *vías* o los *procedimientos* que ese derecho tiene preestablecidos.

En el estado democrático, se dice que el acceso al poder y la transmisión del poder operan mediante la ley y no por la fuerza.

b) La *legitimidad de ejercicio* se refiere al modo *de ejercer el poder.* Genéricamente, podemos decir que si, objetivamente, el fin de todo estado radica en la realización del bien común o valor justicia, la legitimidad de

ejercicio se obtiene siempre por la gestión gubernativa enderezada a aquel fin, y, viceversa, se pierde por el apartamiento o la violación del mismo.

La pérdida de la legitimidad de ejercicio proporciona título, con base en la justicia material, y en circunstancias extremas de tiranía o totalitarismo que producen la obturación de otras vías exitosas, para la resistencia del pueblo contra el gobernante. Vamos con ello, en la teoría política, hacia el *derecho de resistencia a la opresión* y en el derecho constitucional hacia el tema del *derecho de revolución.*

El *derecho de resistencia* está previsto en el *art. 36* contra los que ejercen los actos de fuerza que la norma nulifica e incrimina (ver nº 53).

Los gobernantes de facto

52. — La legitimidad de origen sirve para explicar el gobierno *de jure* y el gobierno *de facto.*

a) Gobernante *de jure* es el que accede al poder de conformidad con el procedimiento que la constitución o las leyes establecen. La legitimidad de origen radica en el *título,* sin perjuicio de que el gobernante de jure pueda incurrir después en ilegitimidad “de ejercicio”.

b) Decimos, en cambio, que gobernante *de facto* es el que accede al poder sin seguir los procedimientos preestablecidos en la constitución o en las leyes. El gobernante de facto tiene un *título* o una *investidura irregulares* o *viciados,* precisamente por carecer de legitimidad de origen, pero tal título o investidura se pueden considerar *admisibles* o *plausibles* en virtud de algún título de *reco-nocimiento* —por ej.: por razón de necesidad, por consenso u obediencia de la comunidad, por el reconocimiento de otros órganos del poder de jure, etc.—.

El “reconocimiento” del gobernante *de facto* no purga a la delictuosidad del hecho que pueda haberle dado acceso al poder.

El mero *usurpador,* a diferencia del gobernante *de facto,* es el que ocupa el poder sin lograr ningún título de reconocimiento.

53. — La progresiva repulsión que en la sociedad argentina fue produciendo el recurso militar al intervencionismo político y a la toma del poder por la fuerza indujo a un descrédito de la doctrina de facto, sobre todo a partir de 1983, y a calificar a los golpes de estado como usurpaciones, con el efecto de reputar a los gobernantes empinados en el poder más como usurpadores que como gobernantes de facto.

El actual *art. 36* de la constitución descalifica e incrimina la interrupción por actos de fuerza del orden institucional y el sistema democrático, así como la usurpación que en consecuencia se haga de funciones gubernamentales.

La soberanía

54. — En orden al tema del poder, no puede evitarse una referencia tangencial al de la *soberanía.* Doctrinariamente, definimos la soberanía como la *cualidad del poder* que, al organizarse jurídica y políticamente, *no reconoce* dentro del ámbito de relaciones que rige, *otro orden superior* de cuya normación positiva derive lógicamente su propia validez normativa.

Como *cualidad del poder* que carece de ese vínculo de subordinación o dependencia, la soberanía *no tiene titular ni reside* en nadie. El estado es o no es soberano según su poder tenga o no la cualidad de soberanía.

Nuestra constitución no ha incluido en su orden de normas formales ninguna definición de la soberanía, pero aluden expresamente a ella los artículos 33 y 37.

55. — Conforme al concepto que hemos elaborado de soberanía, y careciendo ésta de un sujeto que la titularice, la mención del pueblo como tal sujeto nos parece falsa a nivel de doctrina, e inocua en su formulación normativa.

En cambio, estimamos correcto reconocer al pueblo como titular del *poder constituyente originario.*

56. — En otro orden de cosas, debe recordarse que, dada la forma federal de nuestro estado, la soberanía como cualidad del poder pertenece al estado federal y no a las provincias, que sólo son *autónomas.*

El gobierno federal

57. — La estructura de órganos que nuestro derecho constitucional establece y contiene para ejercer el poder del estado federal se denomina *gobierno federal.* La constitución lo individualiza con ese nombre, y lo institucionaliza en la tríada clásica de “poder legislativo, poder ejecutivo, y poder judicial”. El *poder legislativo* o congreso, el *poder ejecutivo* o presidente de la república, y

el *poder judicial* o Corte Suprema y tribunales inferiores, componen la clásica tríada del gobierno federal.

La estructura tripartita de órganos y funciones dentro del gobierno federal se reproduce en sus lineamientos básicos en los gobiernos provinciales.

58. — La constitución federal organiza únicamente al gobierno federal. Los gobiernos provinciales son organizados por las constituciones provinciales. No obstante, la constitución federal traza algunas pautas: a) la tipología de los gobiernos provinciales debe ser coherente con la del gobierno federal, conforme lo prescribe el art. 5º; b) la competencia de los gobiernos provinciales debe tomar en cuenta la distribución efectuada por la constitución federal entre el estado federal y las provincias; c) los gobernadores de provincia son agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la constitución y las leyes del estado federal según lo estipula el art. 128; d) deben respetarse el art. 31 y el art. 75 inc. 22.

Se ha de tener presente algo importante: los parámetros que, sin perjuicio de la autonomía de las provincias, contiene para ellas la constitución federal, dan razón de que las normas que ella agrupa bajo el título de "Gobiernos de *Provincia* " componen como "título segundo" la "Segunda Parte" del texto constitucional, que se denomina "Autoridades *de la Nación* ", y cuyo "título primero" está dedicado al "Gobierno Federal". Ello significa que los gobiernos provinciales también son, junto con el gobierno federal, autoridad de nuestro estado.

59. — El gobierno federal reside en la *capital federal.* Así surge del art. 3º de la constitución.

Sin embargo, hay que aclarar que con respecto al poder judicial algunos de sus órganos —por ej.: jueces federales y cámaras federales de apelación— residen en territorios de provincias.

La *capital* se establece —según el art. 3º de la constitución— en el lugar que determina el congreso mediante una ley especial, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales del territorio que ha de federalizarse.

La *reforma constitucional de 1994* confirió a la *ciudad de Buenos Aires* un marco de *autonomía* que se delinea en el art. 129. Por eso, mientras dicha ciudad siga siendo capital federal, el art. 129 dispone que una ley del congreso ha de garantizar que la autonomía su-perpuesta a la capitalidad no afecte los intereses del estado federal.

La república y la representación

60. — El art. 1º de la constitución proclama que la nación (léase el estado federal) adopta para su gobierno la forma *representativa republicana federal.* (Está mal la mención del federalismo como forma del gobierno, porque es una forma de estado.)

Tradicionalmente, se ha delineado la forma republicana a través de las siguientes características: a) *división de poderes;* b) *elección popular* de los gobernantes; c) *temporalidad* del ejercicio del poder, o sea, renovación periódica de los gobernantes; d) *publicidad* de los actos del gobierno; e) *responsabilidad* de los gobernantes; f) *igual-dad ante la ley.*

La forma *representativa* presupone, en el orden de normas donde se encuentra descripta, que el gobierno actúa *en representación "del pueblo"*, y que "el pueblo *se gobierna a sí mismo por medio de sus representantes* ". Es la vieja tesis de la *democracia como forma de gobierno,* o democracia "popular".

Para nosotros, dicha forma no existe ni puede exitir. El pueblo no gobierna, el pueblo no es soberano, el pueblo no es representable ni representado. No "es" ni "puede serlo". Por consiguiente, la forma representativa no tiene vigencia porque es irrealizable.

61. — Además de la declaración del art. 1º, el art. 22 recalca que *el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la constitución.*

De esta norma se desprende que para la constitución, el gobierno federal "gobierna *en representación del pueblo* ", y así lo enfatizó la Corte Suprema en el caso "Alem", de 1893, en el que dijo: "En nuestro mecanismo institucional, todos los funcionarios públicos son meros mandatarios que ejercen poderes delegados por el pueblo, en quien reside la soberanía originaria".

Del art. 22 surge también, por otra parte, en concordancia con el art. 44, que los *diputados* se consideran representantes del pueblo o de la nación. Esta fórmula traduce en el orden normativo la ficción del mandato representativo conferido por todo el pueblo a sus supuestos representantes.

El art. 22 termina diciendo que toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuye los derechos del pueblo y peticiona a nombre de éste, comete *delito de sedición.*

Esta fórmula permite sostener que la ruptura de la transmisión constitucional del poder por las vías que ella arbitra (electoral para el presidente, vicepresidente, diputados y senadores) encuadra en el delito tipificado en el art. 22. Ello porque la alusión a los "derechos del pueblo" da cabida a considerar que el "derecho" electoral activo (o "a elegir") queda ilícitamente impedido de ejercicio al ser autoasumida la formación de los órganos electivos por el grupo (o fuerza armada) que accede al poder por la violencia. Ahora lo corrobora el art. 36 (ver nos. 51 y 53).

Las formas "semidirectas"

62. — La constitución formal *no registraba formas semidirectas hasta la reforma de 1994.*

De estas formas, las que más a menudo conocen la doctrina y el derecho comparado son: el *referéndum,* el *plebiscito,* el *recall* o revocatoria, la *iniciativa popular,* el *veto popular,* la *apelación de sentencias,* etc.

63. — Parte de la doctrina interpretó durante el tiempo anterior a la reforma de 1994 que la cláusula del art. 22 circunscribía la representación del pueblo a lo que en ella se enuncia: sólo "gobierna" por medio de las autoridades representativas creadas por la constitución, y no puede "deliberar".

Por ello, quienes así comprendían el texto constitucional calificaron de inconstitucional a la consulta popular no obligatoria ni vinculante que se realizó en 1984 por el conflicto austral con Chile.

Para nosotros, la discusión siempre se simplificó bastante. *No hay ni puede haber representación popular:* el pueblo no gobierna, ni directamente, ni por medio de representantes. Las formas semidirectas no tienen nada que ver con el gobierno, ni con la deliberación, ni con la representación. Son meramente técnicas del *derecho electoral* porque no implican gobernar ni deliberar, y como tales nunca las consideramos prohibidas.

Por su real naturaleza jurídico-política, las formas semidirectas significan expresar a través del sufragio "no electivo", una opinión política de quienes forman el cuerpo electoral, y este derecho *a expresar opiniones políticas* ya podía considerarse implícito en el art. 33, mucho antes de 1994.

64. — A partir de la *reforma constitucional de 1994,* que en los artículos 39 y 40 ha incorporado el derecho de *iniciativa legislativa popular* y la *consulta popular,* toda objeción queda definitivamente disipada. Ello confirma la razón de lo que sosteníamos antes de la reforma: ni el art. 1º ni el art. 22 eran incompatibles con las formas semidirectas; lo prueba el hecho de que, sin haberse modificado ni alterado dichas normas, los nuevos artículos 39 y 40 han podido introducir, sin incompatibilidad ni incoherencia con el contexto de la constitución, las dos formas ya citadas —iniciativa y consulta populares—.

V. LAS FORMAS DE ESTADO

El federalismo y la democracia

65. — *Forma de estado y forma de gobierno* no son la misma cosa. El estado se compone de cuatro elementos que son: población o elemento humano, territorio o elemento geográfico, poder y gobierno.

La *forma de estado* afecta al estado mismo como estructura u organización política. Es la *forma del régimen*, que responde al *modo de ejercicio del poder,* y a la pregunta de "¿cómo se manda?". En cambio, la forma de gobierno es la manera de organizar *uno* de los elementos del estado: el *gobierno.* Responde por eso a la pregunta de "¿quién manda?". Mientras la forma de gobierno se ocupa de los titulares del poder y de la organización y relaciones de los mismos, la forma de estado pone necesariamente *en relación a dos elementos* del estado: uno de ellos es siempre el *poder,* y los que entran en relación con él son la *población* y el *territorio.*

a) El poder en relación con la población origina tres formas de estado posibles, todas ellas según sea el modo como el *poder* se ejerce a través del gobierno en relación con los *hombres: totalitarismo, autoritarismo y democracia.*

La democracia como forma de estado es la que respeta la dignidad de la persona humana y de las instituciones, reconociendo sus libertades y derechos.

b) El poder en relación con el territorio origina dos formas de estado posibles: *unitarismo* y *federalismo.* La una centraliza territorialmente al poder; la segunda lo descentraliza territorialmente.

66. — Nuestra constitución adopta dos formas de estado: la *federal* y la *democrática.*

1) La *forma federal* aparece formulada expresamente en el art. 1º, pero erróneamente como forma "de gobierno". El federalismo no es adoptado como forma para el gobierno, sino como forma *para el estado,* o "del estado" (ver cap. VIII).

2) La *forma de estado democrática* no tiene definición expresa en la constitución formal (la constitución no empleó la palabra democracia hasta que en 1957 la reforma constitucional usó en el art. 14 bis el adjetivo "democrática" para calificar a la organización sindical).

Actualmente, después de la *reforma de 1994*, aparecen múltiples alusiones a la democracia en los calificativos que el orden normativo adjudica al sistema, a los valores, al orden constitucional, etc. (por ej., arts. 36, 38, 75 incs. 19 tercer párrafo y 24).

Todo el plexo de principios, valores y derechos viene a confirmarlo (ver globalmente, los capítulos IV y IX) y, recurriendo a la fuente histórica, encontramos que la Comisión de Negocios Constitucionales integrada en el seno del Congreso Constituyente de Santa Fe para formular el proyecto de constitución, emite su informe en abril de 1853 con una afirmación ideológica muy definitoria: "como cristianos y *demócratas…*".

La *democracia* implica situar políticamente al hombre en un régimen de libertad, en el cual la *dignidad de la persona,* y los *derechos* que ella ostenta, se hacen realmente efectivos y vigentes.

El *federalismo* y la *democracia* son, en la constitución argentina, *contenidos pétreos* que identifican visceralmente nuestro estilo político (ver cap. VI, nº 11).

VI. LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES

Su encuadre

67. — La visión del estado en perspectiva constitucional hace aconsejable una incursión en lo que denominamos "obligaciones constitucionales", o sea, *obligaciones que nacen de la constitución y que ella impone.* No todas están a cargo del estado, pero también las que son ajenas a él lo involucran, porque el estado siempre ha de vigilar su cumplimiento y ha de arbitrar medios y vías —incluso procesales— para que todo sujeto obligado, así sean los particulares, pueda ser compelido.

El término "obligación" es usado por nosotros como equivalente a "deberes" o "débitos".

68. — Del derecho privado traspolamos al derecho constitucional la trilogía de obligaciones de: a) *omitir,* b) *dar,* y c) *hacer.*

Con tal alcance, componemos otra tríada, en cuanto la constitución obliga a: a) omitir lo que ella *prohíbe hacer;* b) hacer (obligaciones que implican prestaciones positivas) lo que ella *manda que se haga;* c) arbitrar en los espacios donde abre opciones los *medios* más idóneos y las *soluciones* mejores que sean conducentes para lograr los objetivos propuestos, dentro del marco que la propia constitución señala en cada caso.

Los deberes del hombre: sus modalidades y clases

69. — Cuando se sabe que la constitución no sólo organiza al poder, sino que define el modo de instalación de los hombres en el estado, es fácil comprender que así como les reconoce derechos también los grava con *obligaciones,* tanto frente al mismo estado como frente a los demás particulares.

Nuestra constitución no contiene una formulación o declaración sistemática de los deberes del hombre; algunas normas —sin embargo— consignan expresamente ciertos deberes, como por ej., el art. 41 para preservar el ambiente o el 38 en orden a los partidos políticos (ver nº 71).

Conforme a nuestro derecho constitucional, interpretamos que la norma del art. 16 de la constitución, al consignar que la *igualdad es la base de las cargas públicas,* extiende la pauta de igualdad jurídica razonable en materia de deberes públicos. O sea que debe mantenerse la razonabilidad en su dis-tribución y adjudicación, y no incurrirse en trato de discriminación arbitraria.

70. — No hay duda de que del mismo modo como hay derechos implícitos, hay también *obligaciones implícitas.* Nadie negaría que toda persona tiene un deber —como sujeto pasivo—

frente a otra u otras en cuanto éstas son titulares de derechos, sea para abstenerse de violárselos, sea para hacer o dar algo en su favor (ver nº 71).

71. — Es posible dividir los deberes en dos grandes rubros: a) *deberes de todos los habitantes;* b) *deberes de los ciudadanos.*

Los deberes de los habitantes incumben tanto a nacionales (o ciudadanos) como a extranjeros. Los deberes de los ciudadanos, sólo a éstos, sean nativos o naturalizados.

Una lista meramente ejemplificativa daría estos resultados:

a) *la constitución* obliga *implícitamente* a todos los habitantes a *respetar y cumplir sus normas;*

b) también a respetar y acatar a las *autoridades constitucionales* (deber que ahora da base al art. 36);

c) todos los habitantes tienen el deber genérico de *obedecer y cumplir las leyes* y las normas derivadas, así como los actos de las autoridades (por ej., las sentencias);

d) *expresamente,* la reforma de 1994 ha impuesto el deber de *votar* en el art. 37, que recae sobre los ciudadanos (también los naturalizados) a partir de la edad fijada por la ley;

e) también *expresamente,* el art. 21 impone a "todo ciudadano" el deber de *armarse* en defensa de la patria y de la constitución; este deber dio base al servicio militar obligatorio para los varones hasta su reciente supresión.

72. — En algunos *instrumentos internacionales de derechos humanos* que por el art. 75 inc. 22 tienen jerarquía constitucional se consignan expresamente determinados deberes personales.

Por otra parte, todo tratado internacional, con o sin jerarquía constitucional, obliga al estado en cuanto se hace parte.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica dice en su art. 32.1, que "toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad". En el art. 32.2, se agrega que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. De alguna manera hay en este enunciado una carga de obligaciones que, como limitativas de los derechos, deben ser soportadas y cumplidas por los titulares de los mismos.

73. — Conviene destacar que, según nuestro criterio, así como no hay derechos absolutos (porque es posible limitarlos razonablemente) *tampoco hay deberes absolutos* que resulten exigibles siempre y en todos los casos; al contrario, también existen obligaciones de las que razonablemente cabe dar por liberadas a las personas según la particularidad de su situación excepcional. (Para la objeción de conciencia, ver nº 76.)

La fuente de las obligaciones de los particulares

74. — El art. 19 (cuando dice que ningún habitante puede ser obligado a hacer lo que la "ley" no manda ni privado de lo que ella no prohíbe) no significa que solamente la "ley" sea fuente de obligaciones para los particulares, porque por un lado la constitución habilita *normas infralegales* (que en su ámbito pueden mandar o prohibir), y por otro, el *contrato* es una fuente extraestatal de obligaciones, en cuanto la constitución reconoce implícitamente el derecho de contratar. (Para los tratados, ver nº 72.)

Ver cap. IX, nº 70.

Las obligaciones correlativas de los derechos personales

75. — Es necesario poner énfasis en los derechos del hombre. Pero tan necesario como eso es acentuar la importancia de las obligaciones que los *sujetos pasivos* tienen y deben cumplir frente a los titulares de aquellos derechos. No hay derecho personal sin obligación recíproca. Esta obligación es susceptible de modalidades diversas, pero con alguna de ellas nunca puede faltar. De ahí que lo que los sujetos pasivos deben *omitir,* deben *dar* o deben *hacer* para satisfacer el derecho de un sujeto activo con quien tienen relación de alteridad, resulta capital para el derecho constitucional.

La objeción de conciencia

76. — La objeción de conciencia por razones religiosas o éticas exime de diversas obligaciones cuando, según la particularidad de cada caso, el no cumplirlas resulta inofensivo para terceros (ver nº 73).

Las obligaciones del estado

77. — Un tema institucionalmente importante es el de los deberes constitucionales que, en vez de recaer sobre las personas, *recaen en el estado* y *en los órganos de poder* (ejecutivo, congreso, poder judicial).

Tales obligaciones existen, no sólo frente a los derechos subjetivos cuando el sujeto pasivo de los mismos es el estado, sino en situaciones ajenas al "status" jurídico de los hombres. A mero título de ejemplo, pueden leerse normas de la constitución formal que consignan obligaciones del estado y de los órganos de poder no reciprocadas por derechos subjetivos. Así, por ej., los arts. 25, 27, 5º, 46, 49, 58, 63, 99 inc. 10, 101, etc.

78. — Como sugerencia ejemplificativa, llamamos a prestar atención acerca de lo siguiente: a) las competencias de ejercicio *imperativo* irrogan la obligación de ejercerlas para el órgano al que pertenecen; b) las de ejercicio *facultativo* o potestativo (establecer tributos,), no; c) las competencias (de una clase o de otra) que tienen constitucionalmente señaladas las *condiciones* y/o la *oportunidad* de su ejercicio, también engendran la obligación de atenerse —cuando se ejercen— a ese condicionamiento y/o a esa oportunidad; d) hay obligaciones cuyo cumplimiento la constitución deja librado "temporalmente" al criterio del órgano, para que éste pondere en qué momento debe cumplirlas (por ej., el art. 118 acerca del establecimiento del jurado).

De algún modo, la variedad de obligaciones y competencias estatales cobra modalidades según que las normas de la constitución sean *operativas* o *programáticas.*

CAPÍTULO VIII

LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y EL FEDERALISMO

I. LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL. - El federalismo argentino. - El derecho "federal". - *La supremacía del derecho federal.* - Las tres relaciones típicas de la estructura federal. - *La subordinación. - La participación. - La coordinación.* - El reparto de competencias. - II. LAS PROVINCIAS. - Su caracterización general. - Las nuevas provincias. - Los límites y conflictos interprovinciales. - Los supuestos de extraterritorialidad. -La unidad y la integridad territoriales. - III. EL RÉGIMEN MUNICIPAL. - Los municipios: de 1853-1860 a 1989. - El reconocimiento en la reforma de 1994. - IV. LA REGIONALIZACIÓN. - Su admisión expresa en la reforma de 1994. - La competencia provincial y su alcance. - V. LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. - Su autonomía. - *Cuál es la entidad política de la ciudad*. - VI. LOS LUGARES DE JURISDICCIÓN FEDERAL. - Las innovaciones con la reforma de 1994. -*La ciudad capital.* - *Los "enclaves" en las provincias.* - Los territorios nacionales. - VII. LA INTERVENCIÓN FEDERAL. - La garantía federal. - El art. 6º y los tipos de intervención. - La aplicación práctica de la intervención federal. - El acto de intervención. - El interventor o "comisionado" federal. -VIII. LA DINÁMICA DEL FEDERALISMO. - Sus debilidades. - El federalismo concertado. - El principio de lealtad federal. - IX. EL ESQUEMA DEL FEDERALISMO DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994. - La nueva normativa.

I. LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL

1. — La constitución argentina de 1853-1860 acoge *la forma federal de estado.* Ella importa una *relación* entre el *poder* y el *territorio,* en cuanto el poder se *descentraliza políticamente con base física, geográfica o territorial.*

El federalismo es la forma opuesta a la unitaria, que centraliza territorialmente al poder del estado.

El federalismo significa una combinación de dos fuerzas: la *centrípeta* y la *centrífuga*, en cuanto compensa en la *unidad* de un solo estado la *pluralidad* y la *autonomía* de varios. El estado federal se compone de muchos estados miembros (que en nuestro caso se llaman "provincias"), organizando una *dualidad de poderes:* el del estado federal, y tantos locales cuantas unidades políticas lo forman.

Esta dualidad de poderes se triplica cuando tomamos en cuenta que con la reforma de 1994 no es posible dudar de que, dentro de cada provincia, los *municipios* invisten un *tercer poder,* que es el *poder municipal,* también *autónomo;* lo atestigua, en respaldo del viejo art. 5º, el actual art. 123.

El origen *lógico* (o la base) de todo estado federal es siempre su *constitución.* El origen *histórico* o cronológico es, en cambio, variable y propio de cada federación; algunas pueden surgir a posteriori de una confederación; otras, convirtiendo en federal a un estado unitario.

El federalismo argentino

2. — Nuestro estado federal surge con la *constitución histórica de 1853.* Se llama *República Argentina,* y es un estado *nuevo u originario.* Sin embargo, histórica y cronológicamente, nuestro federalismo no fue una creación repentina y meramente racional del poder constituyente, sino todo lo contrario, una recepción de fuerzas y factores que condicionaron su realidad sociológica.

La génesis del federalismo argentino ha sido bien estudiada y muy controvertida.

a) Por un lado, las *ciudades* que los movimientos españoles de colonización fueron fundando a través de las corrientes del norte, del oeste y del Río de la Plata, extendieron sus zonas de influencia y prepararon las futuras regiones territoriales que conformaron a las *provincias.*

b) Por otro lado, los órganos de gobierno *locales* —principalmente los *cabil-dos* — proporcionaron al futuro federalismo una base *municipal* o comunal.

c) *Ideológicamente,* desde la Revolución de Mayo se perfilaron los dos sectores de opinión: el *unitario* y el *federal,* que en una pincelada muy rápida podemos hacer coincidir respectivamente, con las minorías, cultas, liberales, porteñistas, centralistas, monárquicas, etc., y con la masa popular e inorgánica, republicana y federalista. Sin embargo, la oposición entre Buenos Aires y el interior no permite identificar en una coincidencia perfecta al unitarismo con la primera y al federalismo con el segundo, bien que provisoriamente pueda situarse, para la comprensión del proceso, al núcleo representativo del movimiento unitario en la capital, y al pueblo federal en la campaña.

3. — En la cronología histórica de nuestro federalismo se componen *tres fuerzas de integración* de índole distinta: a) una fuerza proveniente del *medio físico-natural* (mesológica), donde la situación capitalina de Buenos Aires jugó como polo de atracción de las provincias; dicho medio, aunque algo esfumado en sus comienzos, conformó un ámbito territorial preexistente a 1853-1860; b) una fuerza *ideológica,* que es la *doctrina federal,* cuya expresión mejor sistematizada ha sido el pensamiento oriental, fundamentalmente el de Artigas; c) una fuerza *instrumentadora,* que es el proceso de los *pactos interprovinciales.*

El derecho “federal”

4. — La estructura federal de nuestro estado ha dado curso a la expresión *“derecho federal”*. En el derecho comparado y en el derecho argentino, dicha denominación suele usarse latamente para mencionar al *derecho emanado del estado federal a través del gobierno federal.*

Sin embargo hay que saber que dentro de este concepto amplio de derecho federal hay que desglosar el llamado “derecho *común*”, que a fines tan importantes como su “aplicación” (art. 75 inc. 12) y como su “interpretación” (dentro del marco del recurso extraordinario) se distingue del derecho “estrictamente” federal.

Hecha esta salvedad, decimos que el “derecho *común* ” es *federal* en cuanto emana del gobierno federal, y prevalece sobre el derecho “provincial” (art. 31); pero *no* es “federal” para los fines de su “aplicación” (por tribunales provinciales) ni para su “interpretación” por la Corte mediante recurso extraordinario.

5. — Al derecho federal en sentido amplio se lo puede integrar con dos rubros:

a) *Derecho federal* en cuanto conjunto de normas emanado de los órganos del gobierno federal; a este tópico alude especialmente el art. 31, cuando hace prevalecer el orden jurídico federal sobre el provincial.

Por ende, repetimos que con esta acepción cabe incluir en el derecho federal a las leyes de *derecho común* que dicta el congreso, bien que no sean leyes “federales” en sentido estricto.

b) *Derecho federal* en cuanto abarca, dentro de la federación: b’) las *relaciones de las provincias con el estado federal;* b’’) las *relaciones de las provincias entre sí* (interprovinciales); a estos dos tópicos del inc. b) les podríamos asignar el nombre de *“derecho intrafederal”*. En él hallamos las “leyes-contrato”, los convenios entre estado federal y provincias, los tratados interprovinciales, etcétera.

La supremacía del derecho federal

6. — La trinidad del derecho latamente llamado “federal” a que se refiere el art. 31 cuando en el término “ley *suprema* ” engloba a la constitución federal, a las leyes del congreso (federales y de de-recho común), y a los tratados internacionales, prevalece sobre *todo el derecho provincial* (incluida la constitución de cada provincia).

Después de la reforma constitucional de 1994, al art. 31 hay que coordinarlo con el *art. 75 inc. 22* en lo que atañe a los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos que tienen *jerarquía constitucional.*

Por ende, las constituciones provinciales, las leyes provinciales, los decretos provinciales, y la totalidad de las normas y actos provinciales *se subordinan* a:

a) la *constitución federal* y los *instrumentos internacionales* que por el art. 75 inc. 22 *tienen jerarquía constitucional;*

b) los *demás tratados internacionales* que por el art. 75 inc. 22 tienen *rango superior a las leyes,* y las normas de *derecho comunitario* que derivan de tratados de integración a organizaciones supraestatales, y que por el art. 75 inc. 24 también tienen *nivel supralegal;*

c) las *leyes del congreso federal;*

d) toda *norma* o *acto* emanado del *gobierno federal* en cuanto tal.

Las tres relaciones típicas de la estructura federal

7. — La estructura constitucional de nuestra federación presenta los rasgos fundamentales de todos los estados federales, a saber, las tres relaciones vertebrales: a) de *subordinación;* b) de *participación,* colaboración o inordinación; c) de *coordinación.*

La subordinación

8. — La relación de *subordinación* se expresa en la llamada *supremacía federal.* El equilibrio del principio de *unidad* con el de *pluralidad* tiende a proporcionar cohesión y armonía mediante la subordinación de los ordenamientos jurídico-políticos locales al ordenamiento federal, para que las "partes" sean congruentes con el "todo". Ello quiere decir que la constitución federal impone ciertas pautas en las estructuras de lineamiento que deben ser acatadas y reproducidas por las constituciones de los estados miembros.

A partir de la reforma de 1994 podemos comprender que el principio de subordinación viene formulado por la interrelación de los arts. 5º, 31, 123, y 75 incisos 22 y 24. A su modo, hay que com-putar asimismo el art. 128, que reproduce el texto del viejo art. 110.

La relación de subordinación no permite decir que los "gobiernos" provinciales se subordinan al "gobierno" federal, ni siquiera que las "provincias" se subordinan al "estado" federal, porque lo que se subordina es el "orden jurídico" *provincial* al "orden jurídico" *federal*. Aquellas formulaciones no son, en rigor, correctas.

La participación

9. — La relación de *participación* implica reconocer en alguna medida la *colaboración* de las provincias en la formación de decisiones del gobierno federal. Nuestra constitución la institucionaliza componiendo dentro del gobierno federal al órgano *congreso* con una cámara de *senadores,* cuyos miembros representan a las provincias. Nuestro bicamarismo responde, pues, a la forma federal del estado.

Cabe también incluir, con un sentido amplio de la relación de participación, todo lo que el llamado *federalismo concertado* presupone en materia de negociación, cooperación, coordinación, y lealtad federal (ver nos. 64 y 65).

La coordinación

10. — La relación de *coordinación* delimita las competencias propias del estado federal y de las provincias. Se trata de *distribuir* o *repartir* las competencias que caen en el área del gobierno federal y de los gobiernos locales.

Para ello, el derecho comparado sigue sistemas diversos: a) todo lo que la constitución federal no atribuye al estado federal, se considera reservado a los estados miembros; la capacidad es la regla para éstos, y la incapacidad es la excepción, en tanto para el estado federal ocurre lo contrario: la incapacidad es la regla, y la capacidad es la excepción; b) inversamente, todo lo que la constitución federal no atribuye a los estados miembros, se considera

reservado al estado federal, para quien, entonces, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción; c) enumeración de las competencias que incumben al estado federal y a los estados miembros.

El reparto de competencias

11. — Nuestra constitución ha escogido el primer sistema. Así lo estipula el art. 121: *"las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".*

Donde leemos "poder no delegado por esta constitución" debemos interpretar que la delegación es hecha *por las provincias* "a través" de *la constitución* como instrumento originario de formación y estructura de la federación. Son las "provincias" las que "mediante" la "constitución" han hecho la *delegación* al gobierno federal.

La fórmula del art. 121, que mantiene la del anterior art. 104, ha merecido interpretación del derecho judicial a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en la que encontramos otros dos principios que la completan: a) las provincias conservan, después de la adopción de la constitución, todos los poderes que tenían antes y con la misma extensión, a menos de contenerse en la constitución alguna disposición expresa que restrinja o prohíba su ejercicio; b) los actos provinciales no pueden ser invalidados sino cuando: b') la constitución concede al gobierno federal un poder exclusivo en términos expresos; b'') el ejercicio de idénticos poderes ha sido prohibido a las provincias; b''') hay incompatibilidad absoluta y directa en el ejercicio de los mismos por parte de las provincias.

Puede verse también este párrafo extractado de una sentencia de la Corte: "Es cierto que en tanto los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 104, constitución nacional), los delegados a la nación son definidos y expresos, pero no lo es menos que estos últimos no constituyen meras declaraciones teóricas, sino que necesariamente han de considerarse munidos de todos los medios y posibilidades de instrumentación indispensables para la consecución real y efectiva de los fines para los cuales se instituyeron tales poderes, en tanto éstos se usen conforme a los principios de su institución. De no ser así, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron. De aquí que las *supra* mencionadas facultades provinciales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional (Fallos, 263-437), ni justifiquen la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la nación toda (Fallos, 257-159; 270;11)."

En más reciente fallo del 15 de octubre de 1991, en el caso "Estado Nacional c/Provincia del Chubut", la Corte ha expresado que ella "tiene dicho que 'si bien es muy cierto que todo aquello que involucre el peligro de limitar las autonomías provinciales ha de instrumentarse con la prudencia necesaria para evitar el cercenamiento de los poderes no delegados de las provincias, no lo es menos que el ejercicio por parte de la nación, de las facultades referidas… no puede ser enervado por aquéllas, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan las provincias'. A lo cual añadió la Corte que 'en ese orden de ideas debe subrayarse que, conforme al principio de que quien tiene el deber de procurar un determinado fin, tiene el derecho de disponer de los medios necesarios para su logro efectivo y, habida cuenta que los objetivos enunciados en el preámbulo y los deberes-facultades establecidos en los *supra* citados incisos del art. 67 de la constitución nacional tienen razón de causa final y móvil principal del gobierno federal, no cabe sino concluir que éste no puede ser enervado en el ejercicio de estos poderes delegados, en tanto se mantenga en los límites razonables de los mismos conforme a las circunstancias; éste es, por lo demás, el principio de supremacía que consagra el art. 31 de la constitución nacional' (Fallos, 304-1187 y otros)."

(Las anteriores transcripciones de jurisprudencia de la Corte citan los artículos de la constitución con la numeración de la época, antes de la reforma de 1994.)

12. — En el reparto de competencias, suele hacerse distinción entre: a) competencias *exclusivas del estado federal;* b) competencias *exclusivas de las provincias;* c) competencias *concurrentes;* d) competencias *excepcionales* del estado federal y de las provincias; e) competencias *compartidas* por el estado federal y las provincias.

a) Entre las competencias *exclusivas del gobierno federal* podemos citar enunciativamente: intervención federal; declaración del estado de sitio; relaciones internacionales; dictar los códigos de fondo o de derecho común y las leyes federales o especiales, etc. En general, y como principio, la casi totalidad de competencias asignadas a los órganos de gobierno federal por la constitución pueden considerarse exclusivas del estado federal.

Paralelamente a estas competencias exclusivas, hallamos en los arts. 126 y 127 las que están *prohibidas a las provincias.*

Debemos dejar aclarado que las competencias exclusivas del estado federal no requieren estar taxativa ni expresamente establecidas a su favor en la constitución, porque las hay *implícitas*. Dentro de estas competencias

implícitas, hay un tipo especialmente contemplado por la constitución que es el de los llamados "poderes implícitos *del congreso* ", reconocidos en el art. 75 inc. 32.

b) Entre las competencias *exclusivas de las provincias,* cabe incluir: dictar la constitución provincial, establecer impuestos directos, dictar sus leyes procesales, asegurar su régimen municipal y su educación primaria, etc. Esta masa de competencias se encuentra latente en la reserva del art. 121, y en la autonomía consagrada por los arts. 122 y 123, con el añadido del nuevo art. 124.

Como principio, las competencias exclusivas de las provincias se reputan *prohibidas al estado federal.*

Las competencias exclusivas de las provincias se desdoblan en: b') las *no delegadas* al gobierno federal; b'') las expresamente *reservadas* por pactos especiales.

c) Entre las competencias *concurrentes,* o sea, las que pertenecen en común al estado federal y a las provincias, se hallan: los im-puestos indirectos internos, y las que surgen del art. 125 concordado con el 75 inc. 18, más las del art. 41 y el art. 75 inc. 17.

d) Hay competencias *excepcionales del estado federal,* es decir, las que en principio y habitualmente son provinciales, pero alguna vez y con determinados recaudos entran en la órbita federal. Así, el establecimiento de impuestos directos por el congreso, cuando la defensa, seguridad común y bien general lo exigen, y por tiempo determinado (art. 75 inc. 2º).

Hay competencias *excepcionales de las provincias* en iguales condiciones. Así, dictar los códigos de fondo o de derecho común hasta tanto los dicte el congreso (art. 126), y armar buques de guerra o levantar ejércitos en caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, dando luego cuenta al gobierno federal (art. 126).

e) Hay también facultades *compartidas* por el estado federal y las provincias, que no deben confundirse con las "concurrentes", porque las "compartidas" reclaman para su ejercicio una *doble* decisión integratoria: del estado federal y de cada provincia participante (una o varias). Por ej.: la fijación de la capital federal, la creación de nuevas provincias (arts. 3º y 13), etcétera.

En el *derecho constitucional material* se ha observado una marcada inflación de las competencias federales, a veces en desmedro del reparto que efectúa la constitución formal. Hay pues, en este punto, una *mutación* que, cuando implica violarla, es inconstitucional.

II. LAS PROVINCIAS

Su caracterización general

13. — Las provincias son las *unidades* políticas que componen nuestra federación.

Con el nombre de provincias nuestra historia constitucional y nuestro derecho constitucional designan a los *estados miembros* del estado federal.

Las *provincias no son soberanas,* pero son *autónomas.* Que no son soberanas se desprende de los arts. 5º y 31; que son autónomas se desprende de los arts. 5º, 122 y 123.

Las provincias son *históricamente preexistentes al estado federal.* Pero ¿cuáles provincias son anteriores al estado federal? Solamente las *catorce* que existían a la fecha de ejercerse el poder constituyente originario (1853-1860) y que dieron origen a la federación en esa etapa.

Las nuevas provincias

14. — Esto nos obliga a hacer una referencia importante. El estado federal puede crecer por *adición,* aunque no puede disminuir por sustracción. Quiere decir que si ninguna provincia puede segregarse, pueden en cambio *incorporarse otras nuevas.* ¿Por qué vía crece la federación?

Expresamente, el art. 13 y el art. 75 inc. 15 contemplan uno de los supuestos más comunes, y el único hasta ahora configurado: mediante *creación por el congreso,* que provincializa territorios nacionales. El crecimiento que así se produce es *institucional,* en el sentido de que un territorio que no era provincia pasa a serlo, sumando un estado más a la federación; pero *no es territorial,* porque la nueva provincia no agrega un mayor espacio geográfico al estado federal.

15. — Actualmente, todo el territorio de nuestro estado está formado por provincias. No queda ningún territorio nacional o gobernación. El último, que era Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, fue convertido en provincia y dictó su nueva constitución en 1991.

16. — La *ciudad de Buenos Aires,* que es sede de la capital federal, y que por la reforma de 1994 tiene un régimen de gobierno autónomo, es un nuevo sujeto de la relación federal que se añade a la dual entre el estado federal y las provincias.

17. — El art. 13 prevé que, mediante consentimiento del congreso federal y de la legislatura de las provincias interesadas, puede erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, o de varias formarse una sola.

Cuando la constitución así lo establece nos asalta la duda de si esa autorización es susceptible de funcionar respecto de las provincias *preexistentes* al estado federal. Creemos que no, porque *las catorce provincias históricamente anteriores* no pueden desaparecer, y de un modo más o menos intenso desaparecían como unidades políticas si se fusionaran con otra, o si dentro de su territorio se formara una nueva. Por ende, pensamos que la habilitación que en la cláusula citada contiene el art. 13 sólo tiene virtualidad de aplicación respecto de las *nuevas provincias* creadas con posterioridad a 1853-1860.

18. — No concluye acá la incorporación hipotética de nuevas provincias. Fijémonos que, por una parte, el art. 13 dice que podrán "admitirse" nuevas provincias, y que por otra, el viejo art. 104 (hoy 121) en el añadido final que le introdujo la reforma de 1860 consigna que, además de los poderes no delegados por la constitución al go-bierno federal, las provincias retienen el que expresamente "se ha-yan reservado por *pactos especiales* al tiempo de su incorporación".

Históricamente, no cabe duda de que se está haciendo mención de la incorporación pactada con Buenos Aires en San José de Flores en 1859. Pero ¿se agota la referencia en ese dato histórico y ya pretérito al tiempo de efectuarse la reforma de 1860? Creemos que no, y que ese agregado deja abierta la puerta que posibilita la incorporación de *nuevas provincias* mediante *pacto.*

La incorporación por *pacto,* insinuada en el final del viejo art. 104 (hoy 121), funcionaría —por ej.— en el caso de que estados soberanos que no forman parte del nuestro, quisieran adicionarse a él como provincias. Y allí sí crecería la federación territorialmente, y no sólo institucionalmente. Tal hipótesis, manejada en el constitucionalismo norteamericano, no ha tenido vigencia en el nuestro, fuera del caso excepcional de la provincia de Buenos Aires, en 1860.

19. — Las provincias nuevas que surgen por creación del congreso, a tenor de las vías arbitradas por los arts. 13 y 75 inc. 15, *no pueden pactar* con el estado federal al tiempo de su creación. O sea que cuando el congreso crea nuevas provincias, las erige en *igualdad* de status jurídico y político con las catorce preexistentes al estado federal. La ley de creación no puede disminuir ese status, porque si bien las provincias nuevas y posteriores a 1853-1860 no concurrieron al acto constituyente originario, aparecen después integrándose en paridad e igualdad de situación con las demás.

Los límites y conflictos interprovinciales

20. — a) Los *límites interprovinciales* son "fijados" por el congreso (art. 75 inc. 15).

No obstante, la práctica constitucional argentina ha conocido el sistema de *arbitraje* en algunas ocasiones.

La norma citada habla de límites "de las provincias", fórmula que interpretamos como "*entre* las provincias", y que nos sirve para sostener que esa competencia no vale para que el congreso "limite" el territorio de provincias marítimas en la línea costera amputándoles la plena integridad geográfica de su espacio físico con inclusión de la respectiva porción marina.

Hay sólida doctrina —que compartimos— en el sentido de que la fijación de límites interprovinciales descarta el antojo y la discrecionalidad del congreso, que no puede prescindir de los antecedentes históricos y de la integridad territorial preexistente a la constitución. De ahí que también se llegue a sostener que la fijación de aquellos límites es una facultad "compartida" por el estado federal y las provincias de que se trate, porque éstas deben concurrir con el consentimiento de sus legislaturas. Tal la tesis de Mercado Luna.

Esta tesis también ha sido asumida por algunas provincias en las constituciones más nuevas.

b) Los *conflictos interprovinciales* están previstos expresamente en el art. 127; en él se prohíbe a las provincias declararse o hacerse la guerra entre sí, y se ordena que sus *quejas* deben ser sometidas a la Corte Suprema y "dirimidas" por ella. Las hostilidades de hecho son actos de

guerra civil, que el citado artículo califica de sedición o asonada, obligando al gobierno federal a sofocar o reprimir con-forme a la ley.

Las quejas interprovinciales se han de radicar ante la Corte en forma de *demanda.* Son causas de competencia originaria y exclusiva de dicho tribunal, según los arts. 116 y 117. (Para el caso, la jurisdicción de la Corte se denomina *dirimente*).

Sin embargo, los conflictos de límites —cuando se trata de *"fijar"* esos límites— resultan ajenos a esa competencia, porque no son en sí mismos justiciables, al tener establecida en la constitución su vía de solución a cargo del congreso, que inviste la facultad para fijarlos. Pero, si la causa entre dos o más provincias, a pesar de referirse a una cuestión de límites, no requiere fijarlos o modificarlos, sino solamente juzgar relaciones derivadas de límites ya establecidos, la competencia de la Corte es plena.

21. — La Corte Suprema, en su fallo del 3 de diciembre de 1987 dirimió una "queja" planteada en forma de demanda y reconvención entre las provincias de La Pampa y Mendoza por la interprovincialidad del río Atuel. Al resolver el caso, la Corte Suprema, actuando en instancia originaria en función del en-tonces art. 109 de la constitución (ahora 127), sostuvo que los conflictos inter-estatales en el marco de un sistema federal asumen —cuando surten la compe-tencia originaria en el marco del citado artículo— un carácter diverso al de otros casos en que participan provincias y cuyo conocimiento también corresponde al tribunal de manera originaria, por lo que requieren que se otorguen a la Corte amplias facultades para determinar el derecho aplicable, el que en principio será el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana llama "common law federal" y el derecho internacional público (en el caso, la Corte desechó la aplicación del derecho privado invocado por La Pampa).

El doctor Fayt, por su parte, dijo en su voto que dirimir no es juzgar, por lo que ha de entenderse que el art. 127 crea esta peculiar competencia de la Corte para "ajustar, fenecer, componer" controversias entre provincias, y convierte al tribunal en órgano de conciliación.

Los supuestos de extraterritorialidad

A) 22. — Los *actos públicos* y *procedimientos judiciales* de una provincia gozan de entera fe en las demás, y el congreso puede determinar cuál será la fuerza probatoria de esos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán, según consigna el art. 7º.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte, tales normas exigen no solamente que se dé entera fe y crédito en una provincia a los actos y procedimientos judiciales de otra debidamente autenticados, sino que se les atribuya los mismos efectos que hubieran de producir en la provincia de donde emanaren (caso "Arabia Blas, suc.", fallado por la Corte en 1969).

Acreditada la autenticidad de un acto judicial cumplido en una provincia, las autoridades de otra en la que se quiere hacer valer pueden examinar si el juez que lo ordenó obró con jurisdicción, pero no pueden juzgar de la regula-ridad del procedimiento seguido. Las autoridades federales tampoco pueden desconocer las sentencias firmes de tribunales provinciales.

En aplicación del art. 7º de la constitución, en concordancia con el de unidad de la legislación civil que emana del art. 75 inc. 12, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley 10.191 de la provincia de Buenos Aires sobre normas notariales, sosteniendo que los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia, en cuanto gozan de entera fe en las demás, exigen que se les dé el mismo efecto que hubieren de producirse en la provincia de donde emanasen, no solo en cuanto a las formas extrínsecas, porque de no ser así tales actos quedarían sujetos a tantas legislaciones distintas como jurisdicciones provinciales existan en el país (caso "Molina Isaac c/ provincia de Buenos Aires", del 19 de diciembre de 1986).

B) 23. — El art. 8º prescribe que los *ciudadanos* de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás.

Esto no significa que el ciudadano de una provincia pueda pretender en otras las mismas prerrogativas, ventajas y obligaciones que dependen de la constitución de la provincia a que pertenece, sino que los derechos que una provincia otorga a sus ciudadanos han de ser la medida de los derechos que en su jurisdicción reconozca a los ciudadanos de otras provincias.

La *extradición de criminales* es de obligación recíproca entre todas las provincias, y por surgir directamente del art. 8º de la constitución no está sujeta a reciprocidad.

La unidad y la integridad territoriales

A) 24. — La *unidad territorial* significa que, no obstante la pluralidad de provincias, el territorio del estado federal es *uno solo.* El principio de unidad territorial no tiende solamente a salvaguardar la unidad integral de la federación, sino también a resguardar la territorialidad de cada provincia que la integra. En este sentido, la garantía federal deparada a las provincias en el art. 5º alcanza a cubrir la defensa e incolumidad de sus respectivos territorios.

Por otra parte, el principio de que las provincias no pueden desmembrarse asegura también la unidad territorial del estado federal mediante la integración pluralista de las provincias, en tanto los arts. 3º y 13 impiden al gobierno federal alterar el elemento territorial de las mismas sin consentimiento de sus legislaturas.

En las relaciones interprovinciales y de las provincias con el estado federal, la unidad territorial queda resguardada mediante la prohibición constitucional de las aduanas interiores y de los derechos de tránsito. Los arts. 10 a 12 liberan el tráfico territorial interprovincial, sea terrestre o por agua, y también ahora por aire.

B) 25. — La *integridad* de las provincias exige una triple distinción:

a) las provincias no han delegado al estado federal el *dominio de sus bienes*, sean éstos públicos o privados; no obstante, como la legislación sobre las cosas —incluyendo su condición jurídica— es privativa del congreso federal a través del código civil, incumbe a la ley del congreso determinar cuáles son los bienes del dominio público (públicos o dominicales) y del dominio privado de las provincias;

b) en cambio, creemos que es de competencia *provincial* la legislación sobre *uso* y *goce* de dichos bienes, apartándose del sistema del código civil que sujeta a sus disposiciones dicho uso y goce;

c) el *dominio* de las provincias sobre sus bienes *no coincide con la jurisdicción;* puede haber dominio sin jurisdicción, y así en materia de ríos las provincias tienen el dominio de los que corren por su territorio, sin perjuicio de la jurisdicción federal del congreso con respecto a la navegación y al comercio interprovincial.

26. — Sin pretender una enumeración exhaustiva, cabe decir que el principio de integridad territorial de las provincias rescata a favor de éstas el dominio y la jurisdicción de sus *recursos naturales,* su *subsuelo,* su *mar territorial,* su *plataforma submarina,* su *espacio aéreo,* sus *ríos, lagos* y *aguas,* sus *caminos,* las *islas* (cuando el álveo es provincial), las *playas* marinas y las *riberas* interiores de los ríos, etc. Las leyes del estado federal opuestas a estos principios deben considerarse inconstitucionales.

Actualmente, el nuevo art. 124 reconoce a las provincias el *domi-nio originario* de los recursos naturales existentes en su territorio.

27. — Debe quedar a salvo que en toda vía de comunicación interprovincial por tierra, por agua y por aire, la *jurisdicción es federal* a los fines del *comercio interjurisdiccional* (interprovincial o internacional) y de la *circulación* y *navegación* de la misma índole. Similar jurisdicción federal suele reconocerse implícitamente a los fines de la defensa común.

28. — Respecto de la materia que venimos tratando, debemos decir que en el *derecho constitucional material* se ha producido una grave *mutación* (constitucional) que ha habilitado al estado federal a disponer en varios casos y materias de la integridad territorial de las provincias; valga como ejemplo el caso de las minas; así, en el caso “Provincia de Mendoza c/Estado Nacional” del 2 de agosto de 1988 la Corte Suprema volvió a reiterar el criterio del caso “Mina Cacheuta”, de 1979, en el sentido que la competencia del congreso para dictar el código de minería confería validez constitucional a la ley 17.319 en cuanto a atribuir al estado federal el dominio de los hidrocarburos, lo que según la Corte no atentaba contra la autonomía de las provincias en cuyo territorio se hallan los yacimientos.

III. EL RÉGIMEN MUNICIPAL

Los municipios: de 1853-1860 a 1989

29. — El texto de la constitución histórica alude en el art. 5º al “régimen municipal” en las provincias. El vocablo *régimen* siempre fue para nuestra opinión un indicio claro de la *autonomía municipal.*

No obstante, la jurisprudencia tradicional de la Corte sostuvo, hasta 1989, que las municipalidades eran simples entidades con descentralización administrativa, lo que les asignaba la cualidad de "autárquicas" pero no de "autónomas".

A pesar de ello, ontológicamente, siempre creímos que, más allá de la pauta proporcionada por el art. 5º, los municipios tienen autonomía. Por otra parte, ya el código civil los incluía entre las personas jurídicas "de existencia necesaria" (ahora, de derecho público).

30. — La jurisprudencia tradicional de la Corte sobre la autarquía de los municipios, quedó superada con el fallo del 21 de marzo de 1989 en el caso "Rivademar c/Municipalidad de Rosario", en el que se destacan diversos caracteres de los municipios que no se avienen con el concepto de autarquía, y se sostiene que la existencia necesaria de un régimen municipal impuesta por el art. 5º de la constitución determina que las leyes provinciales no sólo no pueden omitir establecer municipios sino que tampoco los pueden privar de las *atribuciones mínimas necesarias* para el desempeño de su cometido. Este nuevo sesgo del derecho judicial de la Corte, al abandonar uno anterior ana-crónico, merece computarse como antecedente de la *autonomía municipal.*

31. — Más allá de las discusiones doctrinarias, el *constitucionalismo provincial* desde 1957 y 1985 a la actualidad da un dato importante: los *municipios provinciales* integran nuestra estructura federal, en la que damos por existente una *trinidad constitucional: municipio-provincia-estado federal.* Si bien las competencias municipales se sitúan dentro del área de cada provincia, y los municipios no son sujetos de la relación federal, la base última del municipio provincial arraiga en la constitución federal. Es ésta la que lo reconoce y exige; por eso, cuando se habla de competencias "duales" (federales y provinciales) hay que incluir y absorber en las provinciales las que pertenecen al sector autonómico del municipio que, no por esa ubicación constitucional, deja de formar parte de la citada trinidad estructural del federalismo argentino.

El reconocimiento en la reforma de 1994

32. — El actual art. 123 establece:

"Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º *asegurando la autonomía municipal* y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

Su equivalente era el art. 105, que solamente aludía al dictado de la propia constitución.

La norma nueva explaya lo que habíamos dado por implícitamente encap-sulado en el viejo art. 5º, en la parte que obliga a la provincias a asegurar el *régimen municipal* en sus constituciones locales.

Ahora se consigna expresamente el aseguramiento de la *autonomía* municipal, conforme al alcance y contenido que en el orden *institucional, político, administrativo, económico* y *financiero* debe prever la constitución de cada provincia.

Una dosis mínima —que no viene determinada— es indispensable en las cinco esferas que señala el art. 123: institucional, política, administrativa, económica y financiera.

IV. LA REGIONALIZACIÓN

Su admisión expresa en la reforma de 1994

33. — El texto del actual art. 124 dice:

"*Las provincias podrán crear regiones* para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines…".

El regionalismo típico como forma de *descentralización política de base territorial* incuba, a su modo, gérmenes de *federalismo.* No en vano parte de la doctrina —por ejemplo, Pedro J. Frías— denomina estado "fédero-regional" al que, como en España e Italia, ofrece esa fisonomía.

Pero el regionalismo que escuetamente esboza la nueva norma incorporada por la reforma no responde a esa tipología; en efecto, la constitución federal *no intercala una estructura política* en la organización tradicional de nuestro régimen, en el que se mantiene la *dualidad* distributiva del poder entre el *estado federal* y las *provincias* (y, dentro de las últimas, los *municipios*). Las

provincias siguen siendo las interlocutoras políticas del gobierno federal, y el nivel de reparto competencial. Las eventuales regiones no vienen a sumarse ni a interponerse.

34. — Si difícil es definir con precisión lo que es una región, éstas que podrán surgir de la aplicación del art. 124 no resultan más claras, salvo que sean las afinidades que provoca el finalismo tendiente al *desarrollo económico y social* las que nos digan que ése es el criterio exclusivo para su formación.

Por eso, parece cierto que la regionalización prevista solamente implica un sistema de *relaciones interprovinciales* para la promoción del *desarrollo* que el artículo califica como *económico y social* y, por faltar el nivel de decisión política, tales relaciones entre provincias regionalizadas habrán de ser, en rigor, *relaciones intergubernamen-tales,* que no podrán producir desmembramientos en la autonomía política de las provincias.

Si, por un lado, da la impresión de que las provincias que hayan de crear regiones sobrepasarán —con el ejercicio de esa competencia y con sus efectos— los límites de sus territorios respectivos, por el otro resta comprender que la regionalización puede no abarcar a todo el ámbito de una provincia sino solamente uno parcial, incluyendo —por supuesto— a los *municipios* que queden comprendidos en el espacio que se regionalice.

Coordinando la visión, no creemos que la regionalización equivalga a una descentralización política, porque ya dijimos que aun con los órganos que se establezcan para abastecer sus fines *no queda erigida una instancia de decisión política* que presente perfiles de autonomía.

La competencia provincial y su alcance

35. — No puede dudarse de que la *competencia* para *crear regiones* está atribuida a las *provincias* pero —lo repetimos— al solo fin del desarrollo económico y social.

Al crear regiones, las provincias pueden *establecer órganos* con facultades propias.

No obstante, estos órganos no son niveles de decisión política; acaso —sí— asambleas de gobernadores, comités de ministros, secretarías técnicas.

Creada una región, y asignados sus objetivos y sus políticas, la *ejecución* del plan es competencia de *cada provincia* integrante de la región.

En cuanto a los *órganos provinciales* que pueden ser sujetos de la competencia para acordar la regionalización, lo más sensato es remitirse a las prescripciones de la constitución local de cada una de las provincias concertantes del tratado.

36. — Que estamos ante una competencia nítidamente *provincial* es difícil de negar. No en vano la ubicación normativa del art. 124 corresponde al título que con el nombre de “Gobiernos de Provincia” es el segundo de la segunda parte de la constitución.

Queda en duda —en cambio— si para este regionalismo concurre alguna competencia del estado federal. Diciéndolo resumidamente, nuestra propuesta es la siguiente:

a) la competencia para crear las regiones previstas en el art. 124 es de *las provincias;*

b) *el estado federal no puede crearlas* por sí mismas, pero

b’) puede *participar* e intervenir en *tratados* entre las provincias y él, a los fines de la regionalización;

b’’) el mecanismo del anterior subinc. b’) no tolera que primero el estado federal cree regiones, y después las provincias adhieran a tenor de los mecanismos de una ley-convenio.

En definitiva, la vía posible es la de los *tratados interjurisdic-cionales* del actual art. 125, correspondiente al anterior art. 107.

37. — El engarce que ahora sobreviene obliga a vincular el art. 124 con el *art. 75 inc. 19* segundo párrafo. ¿Por qué?

Porque si bien la competencia para crear regiones pertenece a las provincias, el citado inc. 19 deja un interrogante, en cuanto confiere al *congreso* la facultad de “promover *políticas diferenciadas* para equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y *re-giones* ”.

Entonces, queda la impresión de que la regionalización que acuerden crear las provincias para el desarrollo económico y social en ejercicio de sus competencias deberá *coordinarse* —y, mejor

aún: *concertarse* — para que la regionalización guarde armonía y coherencia con las políticas federales diferenciadas del art. 75 inc. 19, todo ello en virtud de que las competencias provinciales siempre se sitúan en el marco razonable de la relación de subordinación que impone la constitución federal.

Tal pauta no decae en el caso porque, quizá con más razón que en otros, la creación de regiones por las provincias y el establecimiento de órganos para cumplir el fin de desarrollo económico y social proyecta una dimensión que excede al espacio geográfico y jurisdiccional de cada provincia para extenderse a uno más amplio o interrelacionado, de forma que no satisfaría a una coherente interpretación constitucional de los arts. 124 y 75 inciso 19 un ejercicio provin-cial y federal, respectivamente, que pusiera en incompatibilidad o contradicción a las competencias en juego.

En suma, lo que hay de convergencia en orden al desarrollo no arrasa la diferencia dual de competencias, pero acá también, en vez de un federalismo de contradicción u oposición, hace presencia un *federalismo de concertación.*

38. — En resumen: ¿qué sería esta especie de "regionalización" a cargo del estado federal a tenor del inc. 19 del art. 75? Solamente una *demarcación territorializada* que, en los agrupamientos que surjan de ella, tendrá la exclusiva finalidad de lograr el ya aludido equilibrio en el desigual desarrollo entre provincias y regiones, para propender al crecimiento armónico y al poblamiento territorial. Estamos ante *políticas federales* sobre la base del "mapa" regional que ha de trazar el congreso, sin usurpar a las provincias la facultad propia para crear regiones.

V. LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Su autonomía

39. — La *reforma de 1994* trazó un lineamiento mínimo para la "autonomía" de la ciudad de Buenos Aires, previendo la acumulación de tal status con su actual calidad de *capital federal.*

El art. 129 establece:

"La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.

Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea la capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones."

El status de la ciudad de Buenos Aires, diseñado de modo sumamente esquemático, tiene un eje claro: el *régimen de gobierno autónomo* que, más allá de divergencias gramaticales, damos por equiparado a *autonomía* (política) y, todavía más, con el añadido de que tendrá facultades propias de *legislación* y *jurisdicción.*

Si procuramos sintéticamente interpretar en armonía la conjunción de un régimen de *autonomía* en la ciudad de Buenos Aires con su status de *capital federal,* podemos sugerir que:

a) el territorio de la ciudad *no está ya federalizado totalmente*, sino sujeto a *jurisdicción federal únicamente en lo que se refiere y vincula a los intereses que en ese territorio inviste el estado federal,* en razón de residir allí el gobierno federal y de estar situada la capital federal;

b) la jurisdicción federal es, entonces, *parcial*, y de naturaleza o sentido *institucional* y *competencial,* pero no territorial o geográfico, porque el territorio no es federal ni se federaliza.

Por similitud, puede pensarse (a los efectos de la jurisdicción federal) en el status de los lugares a que alude el ahora inc. 30 del art. 75, que ha reemplazado al anterior inc. 27 del art. 67 (ver nº 43).

Si hasta la reforma de 1994 nuestra estructura federal se asen-taba en dos pilares, que eran el *estado federal* y las *provincias* —más un tercero dentro de las últimas, que eran sus

municipios— ahora hay que incorporar a otra entidad "sui generis", que es la *ciudad de Buenos Aires.*

No alcanza la categoría de provincia, pero el citado art. 129 le depara un *régimen autonómico* que, de alguna manera, podemos ubicar entre medio del tradicional de las provincias y el propio de la autonomía municipal en jurisdicción provincial (ver nº 41).

40. — Un buen indicio de que no es errada nuestra interpretación viene dado, seguramente, por la previsión de *intervención federal* a la ciudad de Buenos Aires —como tal, y no como capital federal mientras lo siga siendo— (artículos 75 inciso 31 y 99 inciso 20).

Creemos que individualizar a la ciudad —que por el art. 129 debe ser autó-noma— ayuda a argumentar que si puede ser intervenida es porque su territo-rio no está federalizado y porque, a los fines de la intervención federal, se la ha equiparado a una provincia. Si la ciudad mantuviera su federalización mien-tras fuera capital, tal vez pudiera pensarse que, aun con autonomía, no fuera susceptible de intervención en virtud de esa misma federalización territorial.

Creemos de mayor asidero imaginar que el gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires en un territorio que, aún siendo sede del gobierno federal y capital de la república, ya no está federalizado, es susceptible de ser intervenido porque, en virtud de este status, puede incurrir —al igual que las provincias— en las causales previstas en el art. 6º de la constitución.

Cuál es la entidad política de la ciudad

41. — La naturaleza de la ciudad de Buenos Aires después de la reforma de 1994 ha abierto una amplia discusión acerca de lo que significa en el art. 129 la expresión "*régimen* de gobierno autónomo".

En tanto algunos sostienen que lo que es *autónomo* es el "régimen" pero no la ciudad en sí misma, otros postulamos —aunque con posiciones no idénticas— que la *ciudad de Buenos Aires es ahora autónoma*.

El debate es importante pero, sin entrar a sus detalles, parece encontrar algunos puntos de coincidencia práctica. Así:

a) más allá de la entidad política que se atribuya a la ciudad, queda claro que *no se equipara a la de las provincias;*

b) cualquiera sea la duda en torno de la autonomía, también surge del art. 129 que: b') el *jefe de gobierno* de la ciudad debe ser *elegido* por el cuerpo electoral; b'') la ciudad debe tener *facultades de legislación y de jurisdicción* (judicial); b''') una *ley* del congreso tiene que *garantizar los intereses del estado federal* mientras la ciudad sea capital federal;

c) del paisaje completo de la constitución reformada se desprende que la ciudad es actualmente un *sujeto de la relación federal.*

Como opinión personal mínima, agregamos que:

a) afirmar que la autonomía de la ciudad no se iguala con la de las provincias (o sea, es menor) requiere añadir que es más amplia —o parcialmente distinta— en comparación con la de los municipios;

b) juzgamos suficientemente sólida la opinión que califica a la ciudad como un *municipio "federado"* (porque como ciudad es sujeto de la relación federal) y, quizá, no demasiado diferente de lo que cierto vocabulario entiende por "ciudad-estado".

VI. LOS LUGARES DE JURISDICCIÓN FEDERAL

Las innovaciones con la reforma de 1994

42. — El inc. 30 del art. 75, sustitutivo del inc. 27 que contenía el anterior art. 67, está redactado así:

"Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación, y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales

conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

La ciudad capital

43. — En virtud de esta norma, el congreso continúa reteniendo su carácter de *legislatura local de la capital federal* —que hoy es la ciudad de Buenos Aires, pero que podría ser otra en el futuro—. Como la *ciudad de Buenos Aires* tiene previsto su ya explicado régimen *autonómico* en el art. 129, entendemos que mientras retenga el carácter de capital federal el congreso *sólo podrá legislar* para su ámbito específico con el objetivo bien concreto de *garantizar los intereses del estado federal,* conforme al citado art. 129.

De tal modo, la “letra” del art. 75 inc. 30, en cuanto otorga al congreso la competencia de “ejercer una legislación *exclusiva* en la capital de la Nación”, debe entenderse así:

a) mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital, esa legislación del con-greso *no puede ser “exclusiva”*, porque el art. 129 confiere a la ciudad “facultades *propias* de legislación”;

b) la “exclusividad” de la legislación del congreso en la capital federal sólo regirá cuando la capital se traslade a otro lugar que no sea la ciudad de Buenos Aires;

c) lo dicho en los incs. a) y b) se esclarece bien con el párrafo primero de la disposición transitoria décimoquinta.

Ver acápite V.

Los “enclaves” en las provincias

44. — Para los enclaves que tienen naturaleza de *establecimientos de utilidad nacional* en el territorio de la república, el inc. 30 ha reajustado la letra del anterior inc. 27. En efecto, ya no habla de legislación “exclusiva” sino de *legislación “necesaria”*, habiendo además eliminado la mención de que los establecimientos aludidos se emplazan en “lugares adquiridos por compra o cesión” en las provincias. Esa legislación necesaria queda circunscripta a los *fines específicos* del establecimiento, y sobre ellos las provincias y los municipios conservan sus poderes de policía e impositivos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

La redacción actual supera en mucho a la anterior, y se adecua a los parámetros del derecho judicial emanado de la Corte Suprema, impidiendo que su jurisprudencia pueda retornar a la interpretación que sentó en 1968, y que siempre juzgamos equivocada por no compadecerse con nuestro federalismo.

45. — Cuando el ex inc. 27 del art. 67, ahora modificado, deparaba al congreso la competencia de dictar una legislación “exclusiva” en los lugares adquiridos por compra o cesión en territorio de las provincias para situar establecimientos de utilidad nacional, la citada jurisprudencia sostuvo hasta 1968 que tales lugares *no quedaban federalizados,* y que la “exclusividad” de la legislación del congreso se limitaba a la materia específica del establecimiento allí creado, subsistiendo en lo demás la jurisdicción provincial.

Entre 1968 y 1976 la Corte varió su criterio, y dio por cierto que los lugares eran de *jurisdicción federal amplia y exclusiva,* tanto para legislar como para ejecutar y juzgar.

Desde 1976, la Corte retomó su jurisprudencia anterior a 1968, y así prosiguió manteniéndola en sentencias de los años 1984, 1986, 1989 y 1991. Este derecho judicial vino a consolidar una continuidad que, seguramente, indujo a que la reforma constitucional de 1994 desembocara en la norma citada del inc. 30 del art. 75.

Los territorios nacionales

46. — No obstante que el inc. 15 del art. 75 sigue previendo, con la misma redacción que tuvo como inc. 14 del art. 67 antes de la reforma de 1994, la competencia del congreso para legislar sobre la organización, administración y gobierno que deben tener *los territorios nacionales que queden fuera de los límites asignados a las provincias,* hay que recordar que actualmente no existe ninguno de esos territorios —también denominados, mientras los hubo, “gobernaciones”—.

El territorio que hoy forma parte de nuestro estado se compone, exclusiva-mente, de *provincias,* más la *ciudad de Buenos Aires* con su régimen autonómico propio según el art. 129, y su status de capital federal.

El último territorio nacional fue provincializado con el nombre de *Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur,* y en 1991, como provincia nueva, dictó su primera constitución.

47. — En cuanto al sector antártico argentino, que forma parte de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, debe tenerse presente que se trata de un territorio sometido internacionalmente al Tratado Antártico de 1959, del que es parte Argentina, y que en lo que aquí interesa congela el “statu quo ante”, de modo que si bien no implica renuncia o menoscabo de los estados contratantes a cualquier fundamento de reclamación de su soberanía territorial en la Antártida, impide formular nuevos reclamos, y crea una serie de limitaciones (no militarización, prohibición de ensayos nucleares y eliminación de desechos radiactivos, etc.).

VII. LA INTERVENCIÓN FEDERAL

La garantía federal

48. — Nuestra constitución prevé la llamada *garantía federal.*

La garantía federal significa que el estado federal asegura, protege y vigila la integridad, la autonomía y la subsistencia de las provincias, dentro de la unidad coherente de la federación a que pertenecen. La propia intervención federal es el recurso extremo y el remedio tal vez más duro que se depara como garantía federal.

El art. 5º declara que el gobierno federal *garantiza* a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones bajo las precisas condiciones que consigna: a) adecuación de la constitución provincial a la forma *representativa republicana,* y a los *principios, declaraciones y garantías* de la constitución federal; b) *aseguramiento* de la *administración de justicia,* del *régimen municipal* y de la *educación primaria* por parte de las provincias.

Se exterioriza así el condicionamiento de la garantía federal a través de la relación de *subordinación* típica de los estados federales.

El art. 6º y los tipos de intervención

49. — El art. 6º regula la llamada *intervención federal*. Ciertos dislocamientos o peligros que perturban o amenazan la integración armónica de las provincias en la federación, dan lugar a la intervención federal con miras a conservar, defender o restaurar dicha integración. Y ello tanto en resguardo de la federación “in totum”, cuanto de la provincia que sufre distorsión en la unidad federativa.

Hay que tener en cuenta que el citado art. 6º habla de intervenir *“en” el “territorio” de las provincias,* y no de intervenir “a” las provincias, o “las provincias”, lo que da pie para interpretar que la constitución no impone necesaria ni claramente que la intervención haga caducar, o sustituya, o desplace, a las autoridades provinciales.

Sin embargo, con la *reforma de 1994,* el art. 75 en su inc. 31 establece: “Disponer la *intervención federal* “a” una *provincia* o a la *ciudad de Buenos Aires.*

Se puede entonces advertir comparativamente que mientras el art. 6º habla de intervenir “*en* el territorio de las provincias”, el inc. 31 —y su correlativo 20 del art. 99— mencionan la intervención “*a* una provincia o…”.

Además, se ha previsto la viabilidad de la intervención federal a la ciudad de Buenos Aires, debido al régimen autonómico que le asigna el nuevo art. 129.

50. — El *“gobierno federal” interviene:*

a) por *sí solo:* para garantizar la *forma republicana* de gobierno, o repeler *invasiones exteriores;*

b) a *requisición* de las autoridades constituidas: para *sostenerlas* o *restablecerlas*, si hubieran sido depuestas por sedición o por invasión de otra provincia.

La causas de intervención se pueden sintetizar así:

1) *Sin pedido de la provincia* (por decisión propia del gobierno federal)	PARA	a) garantizar la forma republicana alterada en la provincia o b) repeler invasiones exteriores			
2) *Con pedido de las autoridades de la provincia*	PARA	a) sostenerlas o b) restablecerlas	si han sido des-tituidas (o ame-	POR	a) sedición (dentro de la provincia) o b) invasión de

nazadas) otra provincia

Las causas de la intervención federal se pueden superponer. Así, si la sedición local destituye a los miembros de la legislatura, y el gobernador, en represalia, disuelve o clausura la legislatura, se acumulan dos causas de intervención: la destitución de autoridades constituidas, y la alteración de la forma republicana de gobierno.

El supuesto de intervención para repeler una "invasión extranjera" a una provincia puede superponerse a la declaración del estado de sitio por causa de "ataque exterior"; y la alteración de la "forma republicana", la "sedición", o la "invasión por otra provincia" pueden, según el caso, coincidir con la "conmoción interior" para encuadrar una hipótesis de estado de sitio.

51. — La primera intervención es dispuesta por el gobierno federal "motu proprio", es decir, *sin pedido* de la provincia afectada.

Responde a dos causas:

a) *garantizar la forma republicana de gobierno*, lo que supone una alteración en ella;

b) *repeler invasiones exteriores*, lo que supone un ataque actual o inminente.

La forma republicana de gobierno no puede reputarse alterada por cualquier desorden doméstico o conflicto entre los poderes provinciales. Tan sólo la tipifican: a) los desórdenes o conflictos que distorsionan gravemente la separación de poderes, el régimen electoral, etc.; b) el incumplimiento de cualquiera de las tres obligaciones provinciales de asegurar: el régimen municipal, la administración de justicia, la educación primaria; c) la violación grave de los principios, declaraciones y garantías de la constitución federal.

La finalidad de la intervención dispuesta para garantizar la *for-ma republicana* de gobierno puede advertirse en dos sentidos: a) mantener la *relación de subordinación* propia del federalismo, preservar la similitud de formas políticas entre las provincias y el estado federal, y asegurar la reproducción del esquema trazado por la constitución federal; b) *obligar a las provincias* a acatar el condicionamiento impuesto por el art. 5º para depararles el goce y ejercicio de sus instituciones.

La garantía federal juega en la intervención tendiente a tutelar la forma republicana, como una *facultad* y una *obligación* del estado federal, que tanto puede significar *sanción* a la provincia que la perturba, cuanto simultáneamente *reconstrucción* o *restauración* de sus instituciones (que, a su vez, implica *conservación* de las mismas dentro de la compatibilidad y congruencia impuestas por la forma federal).

La finalidad de la intervención dispuesta para *repeler invasiones exteriores* es de *seguridad*, tanto para la federación cuanto para la provincia. Luce en ella el carácter *protector* o tuitivo de la medida.

52. — La segunda intervención es dispuesta por el gobierno federal *a pedido de la provincia.* Son las "autoridades *constituidas* " de la provincia las que han de demandar la intervención, respondiendo a dos situaciones:

a) para ser *sostenidas;*

b) para ser *restablecidas.*

En ambos casos, tanto si concurre:

a) *sedición;*

b) *invasión de otra provincia.*

Está claro que si el art. 6º prevé la intervención para "sostener" a las autoridades provinciales, la *amenaza* de deposición es causa suficiente.

La finalidad de esta intervención, sea su causa puramente doméstica (sedición) o interprovincial (invasión de otra provincia) es fundamentalmente *protectora* o *conservadora*, y se endereza a ayudar a las autoridades locales; no obstante, puede involucrar un carácter de *sanción* o represión con respecto a los protagonistas del hecho delictuoso de la sedición o de la invasión. Estas figuras están aludidas en los arts. 22 y 127 de la constitución, pero no es impres-cindible que la sedición coincida con un tipo criminoso del código penal. Los conflictos internos de poderes locales no encuadran en esta causal de intervención (según el caso, podrían configurar, a lo sumo, alteración de la forma republicana de gobierno).

El auxilio de la intervención debe ser requerido por las *autoridades constituidas* de la provincia. Debe entenderse por tales los órganos titulares de alguno de los tres poderes: gobernador, legislatura, superior tribunal de justicia, aun cuando el texto originario de 1853 mencionaba sólo al gobernador y a la legislatura. En caso de estar funcionando una convención reformadora de la constitución provincial, ella también entraría en la categoría de autoridad constituida.

De existir duda acerca de la calidad de una autoridad provincial para saber si es o no constituida, debe atenderse al hecho de que tal autoridad haya sido reconocida oficialmente por alguna autoridad federal.

Si acaso ninguno de los tres órganos titulares del poder pudiera de hecho pedir la intervención, la acefalía total permitiría al gobierno federal presumir la requisitoria para intervenir sin solicitud expresa.

Si hay una causal de intervención por la que el gobierno federal puede intervenir "por sí mismo" y se le acumula otra por la que puede intervenir "a requisición" de las autoridades provinciales, creemos que el gobierno federal tiene suficiente competencia interventora "de oficio", aunque falte el requerimiento provincial.

La aplicación práctica de la intervención federal

53. — El panorama que ofrece el funcionamiento de la intervención federal puede trabajarse así: a) se ha ejemplarizado la costumbre que habilita a intervenir *"la"* provincia (en vez de *"en"* la provincia) y a *deponer* a las autoridades locales, en sus tres poderes o en algunos (hay intervenciones que sólo han alcanzado al poder judicial), con *reemplazo* de las mismas autoridades por el comisionado federal (interventor); b) se ha ejemplarizado la interpretación que permite intervenir a causa de conflictos de poderes locales, y para asegurar el derecho al sufragio; c) se observa que la intervención requerida por la autoridad provincial se ha usado, en vez de para sostenerla o restablecerla, para reemplazarla.

Nuestro derecho constitucional material ha conocido también un tipo de intervención que bien podemos llamar *preventiva,* o sea, que alcanza no sólo a las autoridades provinciales en ejercicio, sino a las futuras que ya han sido electas. El caso se configuró en 1962, a raíz del triunfo de candidatos provinciales de filiación peronista, y las intervenciones entonces dispuestas afectaron a las autoridades que se hallaban en el poder y paralizaron la asunción de las futu-ras.

La intervención preventiva del tipo comentado parece no sólo invocar la alteración de la forma republicana en el momento de disponerse, sino sobre todo presumir que análoga alteración se configuraría en el caso de instalarse en el poder las nuevas autoridades electas.

Cuando se parte de la "letra" del art. 6º y, efectuada su interpretación, se la compara con la aplicación que se ha hecho de su fórmula, se advierte que en la constitución material la fuente de derecho espontáneo (trasladada a las leyes y los decretos que han dispuesto intervenciones federales) ha desembocado en una *mutación constitucional*, a veces simple mutación *por interpretación,* y otras mutación *inconstitucional.*

Dentro de tal mutación, encontramos un aspecto que indudablemente conculca a la constitución, y es el siguiente: la intervención federal basada en la invocación de alteración de la forma republicana en la provincia (sin que realmente haya existido siempre esa alteración) implica una *mutación constitucional transgresora* de la constitución formal que, además, da pie para asegurar que la intervención federal se ha convertido en una de las instituciones más desfiguradas, y mal utilizadas, en común con similar fenómeno respecto del estado de sitio.

El acto de intervención

54. — El art. 6º encomienda la intervención *al "gobierno federal", sin individualizar qué órgano es el competente.*

La *reforma de 1994* vino a esclarecer la ambigua alusión al "gobierno federal". En efecto, el nuevo inc. 31 del art. 75 especifica que es competencia del *congreso* disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. El art. 99 inc. 20 establece que corresponde al *presidente de la república* decretar la intervención federal en caso de *receso* del congreso, y

que *debe convocarlo* simultáneamente para su tratamiento. Por fin, el ya citado inc. 31 del art. 75 le asigna al *congreso aprobar* o *revocar* la intervención decretada durante su receso por el poder ejecutivo.

La praxis en la constitución material acusaba ejercicio de la competencia interventora por el ejecutivo, a veces en receso del congreso, y otras también mientras se hallaba en período de sesiones. Ahora se introduce un deslinde, y el titular nato de esa competencia es el *congreso,* invistiéndola *limitadamente* el *ejecutivo* durante el receso congresional, y debiendo convocarlo simultáneamente. Es así para que disponga de andamiento funcional la siguiente previsión del mismo inc. 31, en la parte donde añade que el *congreso aprueba* o *revoca* la intervención decretada durante su receso por el poder ejecutivo.

La cláusula así formulada nos parece suficientemente ortodoxa con la mejor interpretación doctrinaria que se vino efectuando antes de la reforma. A la vez, ha alcanzado precisión el otorgamiento de la facultad de intervención que el art. 6º hace globalmente al gobierno federal.

55. — El acto de intervención, cualquiera sea el órgano que lo emita, es siempre de naturaleza *política.* Cuando lo cumple el congreso, se reviste de forma de ley.

El órgano que dispone la intervención es el que pondera si existe la causa constitucional para ella.

La intervención federal es una medida de excepción y, como tal, ha de interpretársela con carácter *restrictivo.* La prudencia del órgano interviniente se ha de extremar al máximo. Su decisión, pese a ser política, debe quedar, a nuestro criterio, sujeta a *revisión judicial de constitucionalidad* si concurre causa judiciable donde se impugna la intervención. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene resuelto, desde el famoso caso "Cullen c/Llerena", de 1893, que el acto de intervención constituye una *cuestión política no judiciable* y que, por ende, no puede discutirse judicialmente la inconstituciona-lidad o invalidez de dicho acto.

Sin perjuicio de mantener nuestra opinión propicia a la judiciabilidad del acto de intervención en sí mismo, estamos ciertos que su *no judiciabilidad* queda referida y circunscripta, en la jurisprudencia de la Corte, a las *causas* o los *motivos* que se han invocado para fundar la intervención, pero que *son y deben ser judiciables* las cuestiones referentes a la *competencia* del órgano federal que puede intervenir. Así lo entendieron en 1992 los votos disidentes de la Corte Suprema cuando se plantearon impugnaciones a la intervención por decreto del ejecutivo en el poder judicial de la provincia de Corrientes.

El interventor o "comisionado" federal

56. — Dispuesta la intervención, cualquiera sea el órgano competente que lo haga, el *nombramiento del interventor federal corresponde siempre al poder ejecutivo* (art. 99 inc. 7º in fine).

El interventor es un funcionario *federal,* que *representa al gobierno federal* y actúa como *delegado* o comisionado del presidente de la república. Su marco de atribuciones depende del acto concreto de intervención, de la finalidad y alcance que le ha asignado el órgano que la dispuso, y de las instrucciones precisas que se impar-tan al interventor por el poder ejecutivo. La extensión de aquellas atribuciones debe interpretarse restrictivamente.

57. — Vimos ya que en el funcionamiento práctico, la intervención ha mostrado desde hace tiempo que el interventor *reemplaza* a la autoridad provincial a la que se ha dado por cesante (según que la intervención se disponga a los tres órganos de poder, a dos, o a uno). Cuando abarca al ejecutivo, el gobernador cesa en su cargo y es reemplazado por el interventor. Cuando abarca a la legislatura, ésta se disuelve. Cuando abarca al poder judicial, el interventor no suplanta a la totalidad de jueces y tribunales provinciales ni ejerce sus funciones, sino que se limita a reorganizar la administración de justicia, a remover jueces y a designar otros nuevos.

No obstante, si la intervención al poder judicial deja subsistentes a auto-ridades provinciales que poseen —y pueden ejercer— la competencia para el nombramiento de jueces, el interventor no debe designarlos por sí mismo, y tiene que atenerse al mecanismo previsto en el derecho provincial.

Cuando se disuelve la legislatura por intervención al órgano legislativo, nosotros reconocemos al interventor ciertas competencias para reemplazarla, incluso dictando decretos-leyes, pero sólo para suplir el no funcionamiento de la misma legislatura, por analogía con el criterio restrictivo de la doctrina de facto (en esa competencia se incluye todo lo relacionado con el fin de la intervención federal).

(La facultad legislativa del interventor puede quedar condicionada, si así lo dispone el gobierno federal, a previa autorización de éste en cada caso, en algunos, o en todos, o a aprobación del mismo gobierno federal.)

58. — La intervención *no extingue la personalidad jurídica de la provincia, ni suprime su autonomía.* El interventor debe respetar la constitución y las leyes provinciales, apartándose sólo y excepcionalmente de ellas cuando debe hacer prevalecer el derecho federal de la intervención, y ello, por la supremacía de la constitución. Los actos cumplidos por las autoridades provinciales en el lapso que promedia entre el acto que dispone la intervención y la asunción del interventor son, en principio, válidos.

En la medida en que caducan autoridades provinciales y sus funciones son asumidas por el interventor, éste es, además de funcionario federal, un *sustituto de la autoridad provincial,* y en este carácter local puede proveer a las necesidades locales, según lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema.

59. — El *derecho judicial* derivado de la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene resuelto que el interventor o comisionado federal es representante directo del poder ejecutivo federal y asume toda la autoridad conducente a los fines de la intervención. Ejerce los poderes federales expresos y transitorios que se le encomiendan, y su nombramiento, sus actos y sus responsabilidades esca-pan a las leyes locales. No es admisible, por ende, la impugnación de actos del interventor so pretexto de no ajustarse al derecho local; ello porque en aplicación del art. 31 de la constitución, el derecho federal prevalece sobre el derecho provincial (véase el célebre caso “Orfila Alejandro” —fallado en 1929—).

En la misma jurisprudencia de la Corte encontramos asimismo esta otra afirmación: “el tribunal ha declarado, con cita de antiguos precedentes, que los interventores federales, si bien no son funcionarios de las provincias, sustituyen a la autoridad local y proveen al orden administrativo de ellas, ejerciendo las facultades que la constitución nacional, la provincial, y las leyes respectivas les reconocen”.

60. — Las precauciones que han tomado algunas provincias en sus constituciones, circunscribiendo y limitando las facultades de los interventores federales, o estableciendo el efecto de las ejercidas una vez que la intervención ha concluido, obedecen al recelo suscitado por la experiencia de intervenciones poco o nada constitucionales. Pero pensando ortodoxamente en una intervención dispuesta dentro del espíritu y la letra de la constitución federal, conforme a causas reales, y sin exceder de ese marco, creemos que las provincias no pueden dictar normas que obsten a la intervención federal. La suerte de tales disposiciones en cuanto a su validez y constitucionalidad no sería exitosa si se las impugnara judicialmente. No resulta objetable, en cambio, el principio que consiente la revisión provincial ulterior de los actos del interventor que se cumplieron con apartamiento de normas locales preexistentes.

61. — Aun cuando hemos dicho que conforme al derecho judicial vigente el acto de intervención no es judiciable, *sí son justiciables* los actos de los interventores; toda cuestión judicial que se suscita acerca de medidas adoptadas por ellos en ejecución de la intervención, es ajena a la competencia de los tribunales provinciales, ya que por la naturaleza federal de la intervención debe intervenir la justicia federal.

Se exceptúan los actos llevados a cabo por los interventores como autoridad local —por ej., las normas de derecho provincial que dictan, o los actos administrativos que cumplen en reemplazo del gobernador—.

VIII. LA DINÁMICA DEL FEDERALISMO

Sus debilidades

62. — Nuestro régimen federal ha transcurrido por la dinámica propia de casi todos los federalismos. Esa dinámica no significa sólo movimiento y transformación, sino a veces también perturbación y crisis, llegando en algunos casos a violación de la constitución. Se habla, en esos supuestos, de *desfederalización.*

Por un lado, es frecuente observar en las federaciones una tendencia progresiva a incrementar las competencias del gobierno federal, lo cual sin destruir necesariamente la estructura federal, inclina el platillo de la balanza hacia la *centralización.* Por otro lado, necesidades económicas, situaciones de emergencia, el liderazgo del poder ejecutivo, etc., son proclives a robustecer las competencias federales. En esta tensión entre la fuerza centrípeta y la centrífuga, entre la unidad y el pluralismo, no siempre la declinación del federalismo obedece al avance del gobierno federal; en muchos casos, los estados miembros debilitan su fuerza y hasta delegan sus competencias sin mayor oposición, al gobierno federal, a quien a menudo acuden asimismo en demanda de subsidios o soluciones.

63. — En el derecho constitucional argentino, múltiples factores acusan una *centralización*. Sin poder pasar revista a todos ellos, señalamos:

a) la práctica de las intervenciones federales;

b) el régimen impositivo muy concentrado en el gobierno federal;

c) los subsidios y aportes a las provincias con fondos del “tesoro nacional”;

d) la mutación constitucional a través de la cual, por vía de tratados internacionales, el estado federal regula materias que en el reparto interno son de competencia provincial;

e) las épocas de facto;

f) las crisis económicas;

g) el régimen de las leyes-contrato;

h) la adopción por las provincias en sus jurisdicciones de leyes que imitan o reproducen a las del gobierno federal en su jurisdicción;

i) la intromisión del estado federal en el poder constituyente provincial, autorizando reformas fuera del marco señalado por las constituciones provinciales (caso de 1949);

j) la anulación por el gobierno federal de elecciones provinciales;

k) la imposición por el gobierno federal de un sistema electoral para la designación de autoridades provinciales;

l) el desapoderamiento por el estado federal de porciones territoriales y recursos naturales de las provincias;

m) la centralización federal de servicios que son susceptibles de división territorial;

n) las políticas y los comportamientos de los partidos políticos “nacionales”;

ñ) la transferencia de organismos de seguridad social de las provincias a la administración federal;

o) las políticas económicas centrales.

El federalismo concertado

64. — En la dinámica de nuestro federalismo, Pedro J. Frías ha sido el introductor de una imagen atrayente: la del *federalismo “concertado”*.

Hacia 1958 se inicia un federalismo de negociación, que una década des-pués entra en el ciclo de la “concertación”. Se trata del *arreglo* interjurisdiccional de numerosas cuestiones para viabilizar un federalismo posible en el cual, sin desfigurar el esquema de la constitución formal, las convergencias se procuran alcanzar con base contractual.

Se trata de comprender al federalismo más allá del cuadro estricto de la constitución formal, pero de manera muy compatible con su espíritu, como un “modo” y una “técnica” de encarar los problemas que rondan el reparto de competencias, a las que ya no se interpreta como solitarias o inconexas, sino como concertables coordinadamente. No se trata, en cambio, de alterar el reparto constitucional, porque las competencias derivadas de él no resultan susceptibles de transferencia, delegación ni intercambio pactados. Se trata, sí, de no aislar ni oponer competencias, sino de coordinarlas. Y ahí está el campo de la concertación. El derecho que hemos llamado “intrafederal” suministra los instrumentos o vías.

El principio de lealtad federal

65. — La doctrina conoce, con cierta similitud respecto de doctrina y jurisprudencia alemanas, el principio denominado de *lealtad federal o buena fe federal.* Sintéticamente trasvasado a nuestro derecho constitucional, supone que en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales que, para su deslinde riguroso, pueden ofrecer duda, debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; en sentido positivo, implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar *cooperativamente* la funcionalidad de la estructura federal “in totum”.

Hay alguna relación entre el federalismo concertado y la lealtad federal. Al menos implícitamente, la lealtad federal presupone una *cooperación recíproca* entre el estado federal y las provincias. Y como la concertación también es una forma de cooperación, el acercamiento entre el federalismo concertado y la lealtad federal cooperativa sugiere algunos nexos.

IX. EL ESQUEMA DEL FEDERALISMO DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994

La nueva normativa

66. — Se puede vislumbrar en un sector de la doctrina un fortalecimiento del federalismo a raíz de varias normas introducidas por la reforma de 1994, en tanto —en contraposición— otros valoran que se lo ha esfumado en algunos aspectos.

Los primeros citan a su favor los arts. 124 y 75 incisos 2º, 3º, 19 y 30; los otros remiten al sesgo partidario que por la designación del tercer senador se le ha introducido al senado, y al sistema de elección directa del presidente y vicepresidente, que desequilibra el peso electoral entre unas pocas provincias y la ciudad de Buenos Aires —por un lado— y el resto de los distritos —por el otro—.

¿Quién tiene razón? Seguramente hay verdades de ambos lados de la disyunción, pero el balance final parece darla a quienes entienden que el nuevo texto aporta positivamente al federalismo o, al menos, brinda oportunidad para vigorizarlo.

Hemos de recordar asimismo que la adjudicación a la *ciudad de Buenos Aires* de un *status autonómico* intercala en la estructura constitucional de descentralización política una nueva entidad que, sin ser provincia, tampoco es un municipio sino, tal vez, lo que aproximadamente se podría denominar una "ciudad-estado", o un "municipio federado".

Lo demás, en orden a *materia impositiva,* aparece en el art. 75 inc. 2º sobre coparticipación; en tanto, con relación al desarrollo y al progreso económico que vienen aludidos en el primer párrafo del inc. 19 del mismo art. 75 hay que computar el párrafo segundo en cuanto obliga a proveer al *crecimiento armónico* de "la nación" y al *poblamiento* de su territorio, y a promover políticas *diferenciadas* que equilibren el *desigual desarrollo* relativo de *provincias* y *regiones.* En este arco normativo parece hacer presencia federal una *igualdad de oportunidades,* de posibilidades y de trato a favor de las provincias, similar a la que otras normas nuevas diseñan respecto de las personas físicas.

Si empalmamos lo expuesto con la distribución de recursos que en la coparticipación federal impositiva impone el citado art. 75 inc. 2º hallamos menciones a la *equidad* y *solidaridad* en el reparto, tanto como a la prioridad que ha de darse al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades. ¿Para quién o para quiénes? Para todas las entidades políti-cas que componen la unidad territorial federativa —según lo permite dar a entender el art. 75 inc. 19—, y para todas las personas, in-cluidos en este último sector las que integran a los pueblos indígenas aludidos en el inc. 17.

67. — Veamos un somero paisaje de lo que en la letra del texto reformado creemos que puede sintetizarse de la siguiente manera:

a) Se esboza un federalismo de *concertación* y *participación* —sobre todo en el art. 75 inc. 2º—.

b) Se introduce la novedad de que el *senado* debe ser *cámara de origen* para ciertos proyectos relacionados con el federalismo —art. 75 incs. 2º y 19—.

c) La antigua cláusula del progreso (ex art. 67 inc. 16, ahora art. 75 inc. 18) con la añadidura del inc. 19 en el art. 75 se endereza a un *desarrollo* que tenga *equilibrio provincial y regional* y que atienda al pluralismo territorial de situación, de modo semejante a como lo insinúa también el inc. 2º en materia de coparticipación, reparto, transferencia de competencias, servicios y funciones, y diseño del organismo federal de control y fiscalización.

d) Lo dicho en el anterior inc. c) permite delinear los principios de *solidaridad* y *lealtad* federales.

e) En aplicación a la *materia educativa,* se pone atención en las particularidades *provinciales y locales* (art. 75 inc. 19), a tenor de lo que hemos señalado en los precedentes incisos c) y d).

f) Se aclara que en los *establecimientos de utilidad nacional* en el territorio del país, las *provincias* y los *municipios* retienen sus poderes de policía y de imposición en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines de dichos establecimientos (art. 75 inc. 30).

g) Se reconoce a las provincias el *dominio originario de los recursos naturales* que existen en sus territorios (art. 124).

h) Se les concede la facultad de *conservar* organismos locales de *seguridad social* para sus empleados públicos y para los profesionales (art. 125).

i) Se especifican explícitamente algunas *competencias concurrentes* entre estado federal y provincias —por ejemplo, en los artículos 75 inc. 2º; 41; 75 inc. 17; 125 (tanto en el párrafo primero que mantiene la redacción del ex art. 107, como en el párrafo segundo agregado por la reforma, donde se reconoce la facultad local para promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura).

j) Se reconoce expresamente la *autonomía* de los *municipios* provinciales (art. 123).

k) Se prevé la facultad de las provincias para *crear regiones* (art. 124).

l) Se autoriza a las provincias a concertar ciertos *acuerdos internacionales* en forma limitada (art. 124).

m) El reconocimiento expreso de los *pueblos indígenas* argentinos permite que las provincias ejerzan en su jurisdicción las competencias que invisten en concurrencia con el congreso federal (art. 75 inc. 17).

CAPÍTULO IX

EL SISTEMA DE DERECHOS

I. LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN. - La evolución del constitucionalismo clásico. *Las tres generaciones de derechos. Los derechos humanos.* - Las declaraciones de derechos: su génesis histórica e ideológica. *El "fundamento" de los derechos. Las normas.* - El sistema de derechos al despuntar el siglo XXI. II. LOS DERECHOS EN NUESTRO ACTUAL DERECHO CONSTITUCIONAL. -El sistema de derechos y la reforma de 1994. *Los tratados internacionales de derechos humanos.* - La democracia y el sistema de valores en la reforma de 1994. - Listado de los derechos personales. - Un agrupamiento de materias relacionadas con los derechos. - Los derechos humanos y la inter-pretación. III. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y DE SU DECLARACIÓN. - Las pautas fundamentales. *Los derechos y la responsabilidad del estado.* - El sujeto activo (o titular) de los derechos. - El sujeto pasivo de los derechos. - Las obligaciones constitucionales que reciprocan a los derechos. *Los derechos "por analogado" y la obligación "activamente universal".* - El ámbito territorial y personal de aplicación de la declaración de derechos. - Las situaciones jurídicas subjetivas que no son derechos subjetivos. IV. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. - Su encuadre y sus características. - El estado, sujeto pasivo. - El derecho internacional y el derecho interno. - El rango del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno argentino. - Las obligaciones del estado. - El derecho humanitario y de refugiados. - Las obligaciones de las provincias. V. EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS. -El posible acrecimiento de los derechos del plexo federal. VI. LOS DERECHOS Y LA LEGITIMACIÓN PROCESAL. - La legitimación, problema constitucional. *La legitimación para promover el control constitucional.* - El juez y la legitimación. VII. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RAZONABILIDAD. - La formulación y la finalidad del principio de legalidad. El tránsito del principio de legalidad al de razonabilidad. La regla de la razonabilidad. *La formulación y finalidad del principio.*

I. LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

La evolución del constitucionalismo clásico

1. — A la parte dogmática le hemos dado el nombre de *derecho constitucional de la libertad,* porque allí se centraliza un núcleo que coincide con el de la *democracia,* al conferir instalación a la *persona humana* de acuerdo con su dignidad, su libertad y sus derechos.

La fisonomía de la constitución que resuelve de ese modo el status personal del ser humano en el estado, pone en intersección a la *defensa y promoción de sus derechos y libertades* con la *limitación del estado y del poder* para seguridad de las personas.

En este sentido, la parte dogmática no se incomunica con la parte orgánica sino, todo lo contrario, guarda con ella una relación inescindible.

2. — El *constitucionalismo clásico* o moderno, surgido a fines del siglo XVIII con la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica y con la constitución de los Estados Unidos, tuvo el carácter de una reacción contra las formas de organización política que fueron propias del absolutismo monárquico, y colocó como eje a la libertad y a los derechos civiles que, en esa perspectiva, fue habitual calificar como derechos "individuales".

Se trata de una categoría que cobró naturaleza de *derechos públicos subjetivos* del hombre "frente" o "contra" el estado. El *sujeto pasivo* era *el estado,* y la *obligación* fundamental que había de cumplir para satisfacer aquellos derechos era la de *omisión:* no debía violarlos, ni impedir su goce, ni interferir en su ejercicio. Por eso se lo diseñó como un *estado abstencionista.*

Paulatinamente, el horizonte se fue ampliando, hasta: a) considerar que también *los particulares son sujetos pasivos,* junto con el estado, obligados a respetar los derechos del hombre; b) añadir a la obligación de omitir violaciones, la de *dar* o de *hacer* algo en favor del titular de los derechos.

Conforme a la cosmovisión liberal de la época, este primer constitucionalismo de la etapa inicial se denomina *constitucionalismo liberal,* y el estado por él organizado: *estado liberal.*

3. — Las transformaciones sociales y las valoraciones colectivas en avance dieron después lugar a un segundo ciclo, que tiene inicio en este siglo XX, y es el del *constitucionalismo social.* La primera constitución de este sesgo es la mexicana dictada en Querétaro en 1917, patrimonio de nuestra América latina, a la que siguió la alemana de Weimar de 1919, de mayor difusión universal. Después de la segunda postguerra, el constitucionalismo social cobró curso y auge con las constituciones de Italia y de Bonn en Alemania, a las que acompañaron años más tarde la española de 1978, la peruana de 1979, la colombiana de 1991, la portuguesa de 1976 —para limitar los ejemplos, porque son muchísimos más, hasta la actualidad—.

El constitucionalismo social no hace amputaciones al constitucio-nalismo clásico, sino que lo completa y amplía, porque a los clásicos derechos civiles o individuales les agrega los *derechos sociales,* que ahora se desglosan en *económicos, sociales y culturales.*

4. — La *democracia liberal* pasa a ser *democracia social;* el *estado liberal* avanza hacia el *estado social* (o social y democrático de derecho); la *igualdad formal* ante la ley adiciona la *igualdad real de oportunidades;* los *derechos* ya no van a quedar satisfechos solamente con el deber de abstención u omisión a cargo del sujeto pasivo, sino que muchos de ellos van a ser *derechos de prestación, de crédito o de solidaridad,* en reciprocidad con *obligaciones de dar y de hacer* por parte del sujeto pasivo; y el *estado* no limitará su papel frente a los derechos en el reconocimiento, el respeto y la tutela, sino que deberá además *promoverlos,* es decir, moverlos hacia adelante para hacer posible su disponibilidad y su acceso a favor de todas las personas, especialmente de las menos favorecidas.

Ello significa que ha de estimularlos, ha de depararles ámbito propicio, ha de crear las condiciones de todo tipo para hacer accesible a todos su efectivo goce y ejercicio. Es decir, se trata de facilitar su disfrute en la dimensión sociológica, o, de otro modo, de que alcancen vigencia sociológica. La formulación escrita en el orden normativo ya no basta.

Se alega, con razón, que los *derechos "imposibles"* (es decir, los que un hom-bre no alcanza a ejercer y gozar) necesitan remedio. El adjetivo "imposibles", que a veces se sustituye por "bloqueados" o "castrados", alude a derechos que, por deficientes condicionamientos sociales, económicos, culturales, políticos, etc., resultan inaccesibles para muchos hombres. No lograr trabajo, vivienda, remuneración suficiente, posibilidad de atender la salud o de educarse, etc., son ejemplos de derechos imposibles cuando el obstáculo impeditivo es ajeno a la voluntad del hombre y proviene de malas o injustas situaciones sociales.

La *constitución de Italia* declara en su art. 3º que "incumbe a la república remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

Fórmulas equivalentes registra el derecho comparado —por ejemplo, la constitución de España— y también el derecho público provincial argentino.

Las tres generaciones de derechos

5. — En la actualidad, el plexo de derechos humanos se descompone en tres categorías, según el orden cronológico en que fueron apareciendo históricamente. Se habla, así, de tres "generaciones" de derechos por la época en que se generó cada una. Los derechos de la *primera generación* fueron —y continúan siendo— los clásicos *derechos civiles y políticos;* los de la *segunda generación* emergen como *derechos sociales, económicos y culturales* (o derechos sociales, en conjunto) con el constitucionalismo social en el siglo XX; los derechos de la *tercera*

generación atisban incipientemente desde hace escaso tiempo, e incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano, a la comunicación e información, etc. Podrían titularse “derechos *colectivos* ”.

Los derechos humanos

6. — Originariamente, los derechos del hombre han solido denominarse “derechos individuales”. Actualmente, conviene más aludir a la *persona humana* y no al individuo por múltiples razones, especialmente de índole iusfilosófica, y ha cobrado curso la locución “derechos *humanos* ” como otra categoría histórica, propia del sistema democrático.

Los derechos humanos imponen la exigencia de su plasmación y vigencia sociológica en el derecho constitucional, en el que, una vez positivizados, parte de la doctrina los apoda “derechos *fundamentales* ”.

Las declaraciones de derechos: su génesis histórica e ideológica

7. — La constitución de Filadelfia de 1787, en *Estados Unidos*, no contenía en su texto originario una declaración de derechos. Hubo que aguardar unos años hasta que hizo las veces de tal el grupo de las diez y las catorce enmiendas primeras. Esto revela que, según la tradición histórico-cultural de una sociedad, la inexistencia de normas sobre derechos en el articulado de la constitución bien puede significar que se los reputa *implícitos,* y que se considera innecesario y hasta sobreabundante consignar su serie por escrito en un catálogo.

El ejemplo vuelve a probar que mucha veces lo que queda *silenciado* o *implícito* en la constitución formal equivale a un espacio donde la interpretación y la integración deben alcanzar a descubrir e incluir derechos, valores y principios.

En nuestra tradición latina, la afición al *derecho escrito* —en cambio— nos ha acostumbrado a incorporar normas expresas sobre derechos.

8. — Es esta normativa la que recibe el nombre de *declaración de derechos*. Los derechos “se declaran”.

El fenómeno es *histórico*, porque tiene cronologías que dan tes-timonio de su aparición y de su seguimiento. Lo que con anteriori-dad al constitucionalismo no existía, empezó a existir con él en las constituciones escritas, que también fueron novedad respecto del pasado.

En alguna medida, cabe asimismo afirmar que los *derechos en sí mismos* son *históricos* porque, por más ascendencia o fuente suprapositiva o extrapositiva que se les reconozca, son captados, pretendidos, propuestos, valorados y formulados normativamente *como derechos* de acuerdo a las *necesidades* humanas y sociales en cada circunstancia de lugar y de tiempo, conforme a las *valoraciones* colectivas, y a los *bienes* apetecidos por una determinada sociedad.

9. — ¿De dónde surge, o cuál es el origen de la *inscripción formal* de los derechos en las constituciones modernas?

Para ello debemos distinguir dos aspectos: a) una cosa es el origen o la fuente *ideológica* que han dado *contenido* a la declaración de derechos; b) otra cosa distinta es la fuente u origen *formales* de su constitucionalización *escrita.*

En orden a lo primero, creemos que la línea doctrinaria del derecho natural a través de todas sus vertientes —greco-románica, cristiana, racionalista, liberal, y con mayor proximidad histórica, hispano-indiana, norteamericana y francesa— amasó progresivamente el contenido de la declaración de derechos como reconocimiento constitucional del derecho natural.

En orden a lo segundo, la aparición histórica de textos escritos donde se declaran los derechos parece derivar de las colonias inglesas de Norteamérica y de los Estados Unidos; o sea, que la filiación de la *forma legal* de la declaración es *americana* y no francesa, precediendo en varios años a la famosa declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la revolución de 1789. Por eso, Jellinek ha podido decir que sin los Estados Unidos acaso existiera la filosofía de la libertad (ideario o sustrato ideológico de la declaración de derechos), pero no la legislación de la libertad (formalidad constitucional de su inscripción positiva).

En este rastreo sobre la génesis de la declaración de derechos se acusa, simultáneamente, la evolución en el *contenido* de la misma, lo que equivale al tema de su *fuente ideológica.* Desde los albores del constitucionalismo moderno hasta hoy, puede consentirse —en una apreciación global— que el trasfondo doctrinario del contenido y de la formulación de la declaración de derechos está dado por una *valoración positiva de la persona humana.* Podría aludirse al *personalismo humanista.* Pero el modo histórico-temporal de valorar al hombre no ha sido el mismo en el siglo XVIII, en el XIX y en el actual. El plexo de derechos se ha ido incrementando con el transcurso del tiempo, al acrecer las pretensiones colectivas y ampliarse las valoraciones sociales.

El fenómeno apunta a la *apertura, optimización* y *maximización* del sistema de derechos humanos que, sin incurrir en exageraciones inflacionarias, debe ser tenido muy en cuenta para conferir holgura progresiva a los derechos.

El “fundamento” de los derechos

10. — Que la declaración donde constan constitucionalmente los derechos surge de una decisión del *poder constituyente* que es autor de la constitución no equivale a decir que los derechos son una dádiva graciosa que el constituyente hace voluntariamente porque discrecionalmente así lo quiere. *Los derechos no son “lo que” el estado dice que son, ni son “los que” el estado define como siendo derechos.* Hay que descartar este positivismo voluntarista que encadena los derechos a la voluntad del estado, y afirmar —a la inversa— que *la constitución “reconoce” los derechos, pero no los “constituye” como derechos.*

Bien puede, una vez marginado el positivismo voluntarista, hacerse referencia a un fundamento de los derechos que calificamos como “el objetivismo”. El objetivismo en sus múltiples variantes diferenciables —algunas sumamente distanciadas de otras— encuentra siempre algún fundamento “objetivo” que se halla fuera de la subjetividad valorativa de cada uno y de la voluntad indi-vidual.

11. — Si hiciéramos una enumeración de los posibles fundamentos objetivos de los derechos, para luego afirmar que el derecho constitucional tiene que remitirse a uno o más de ellos a fin de hacer aterrizar en su ámbito a los derechos humanos, podríamos confeccionar el siguiente listado:

a) el derecho natural o el orden natural;

b) la naturaleza humana;

c) la idea racional del derecho justo;

d) la ética o moral;

e) los valores objetivos y trascendentes —sea que se los repute valores morales o que se los predique como valores jurídicos—;

f) el consenso social generalizado;

g) la tradición histórica de cada sociedad;

h) las valoraciones sociales compartidas que componen el conjunto cultural de la sociedad;

i) el proyecto existencial que cada sociedad se propone para su convivencia;

j) la mejor solución posible que en cada situación concreta es valorada objetivamente como posible;

k) las necesidades humanas en cada situación concreta.

Las normas

12. — Otra cosa de suma trascendencia, una vez que se asume todo lo anteriormente propuesto, radica en afirmar que un sistema de derechos tiene que existir y funcionar *con normas* y *sin normas* (escritas) en la constitución o en la ley. “Con normas y sin normas” significa que en los espacios que la constitución deja en *silencio* o en la *implicitud* hemos de auscultar con fino sentido para dar cabida a derechos (como a la vez a valores y principios) que no cuentan con un enunciado normativo expreso.

Para eso, ayuda mucho la *cláusula de los derechos implícitos del art. 33;* y el antecedente de la constitución estadounidense de 1787 nos lo atestigua con claridad meridiana, como todavía hasta hoy también lo demuestra el constitucionalismo de Gran Bretaña, que ignora a la constitución escrita.

El sistema de derechos al despuntar el siglo XXI

13. — A esta altura del tiempo histórico en que vivimos, no podemos omitir dos afirmaciones mínimas:

a) un sistema de derechos en un *estado democrático* —y, por ende, en nuestro derecho constitucional— debe abastecerse de *dos fuentes:* la *interna*, y la *internacional* (derecho internacional de los derechos humanos); este principio ha quedado formalmente consagrado con el *inc. 22 del art. 75* en la constitución reformada en 1994, dando *jerarquía constitucional* a una serie de instrumentos internacionales que allí vienen enumerados, y abriendo la posibilidad de que otros la adquieran en el futuro; pero aun sin reconocimiento de su nivel constitucional, todos los

tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno argentino han de funcionar como fuente internacional del sistema de derechos;

b) entre las *tres generaciones de derechos* que hemos mencionado en el nº 5 hay *indivisibilidad*, lo que implica que en ese conjunto forman un bloque dentro del sistema de derechos que no puede incomunicarse ni escindirse, porque el estado social de derecho exige que los derechos de las tres generaciones —con o sin normas ex-presas— tengan efectividad en la vigencia sociológica.

14. — No nos cuesta sostener que aun antes de la reforma de 1957, que añadió el art. 14 bis con un eje sobrio de derechos sociales, y de la de 1994, nuestra constitución histórica de 1853-1860 era permeable al *constitucionalismo social,* y susceptible de interpretarse e integrarse a tenor de sus contenidos, a condición de que se le fuera asignando temporalmente una dinámica histórica acorde con las evoluciones y valoraciones progresivas, y que lejos de toda visión estática que la detuviera en el siglo XIX, se comprendiera que su techo ideoló-gico también era capaz de absorber los valores, principios y derechos que se hallaban en afinidad y simetría con el personalismo humanista que —con la cosmovisión de hace casi ciento cincuenta años— ya pergeñó el constituyente originario.

La *reforma de 1994* ha impregnado a la constitución, según nuestro punto de vista, de fuertes y claros perfiles de *constitucionalismo social.* En la vigencia normológica, el texto y su "con-texto" acusan una indudable recepción.

II. LOS DERECHOS EN NUESTRO ACTUAL DERECHO CONSTITUCIONAL

El sistema de derechos y la reforma de 1994

15. — La constitución formal argentina contiene una declaración de derechos. El texto originario de 1853-1860 se completó luego con la reforma de 1957, que incorporó la tónica mínima del consti-tucionalismo social, y con la reforma de 1994, más extensa en nor-mas, y más amplia en contenidos.

A la parte primera de la constitución originaria que tenía un "capítulo único", se le ha agregado un nuevo capítulo titulado "Nue-vos Derechos y Garantías". Aquel capítulo único ha pasado —in-tacto— a denominarse "capítulo *primero* ", y el nuevo que se adicionó, "capítulo *segundo* ".

Fuera de este capítulo segundo de la primera parte, nos parece válido afirmar que hay también en la *parte orgánica* algunas cláusulas que, a su modo, hacen parte del sistema de derechos, y remiten a él. (Ver cap. IV, nos 13 a 17).

Sin ningún contrabando ideológico ni ninguna exorbitancia respecto de los límites impuestos por el temario habilitado para la reforma de 1994, ésta se deslizó legítimamente a normar materias y cuestiones que, exactamente contenidas en dicho temario, integran el contenido del sistema de derechos.

Le queda, pues, al observador, al intérprete, y al operador de la constitución la tarea de verificar cómo coordinar los 35 primeros artículos con las normas emergentes de las enmiendas nuevas. Todo ello reviste importancia pragmática, si es que damos por cierto que la totalidad de normas de la constitución compone una *unidad,* y que a cada norma hay que entenderla y aplicarla con la cohe-rencia que demanda el conjunto, de modo que todas surtan efecto, que ninguna se esterilice y que, recíprocamente, también todas se retroalimenten.

Los tratados internacionales de derechos humanos

16. — La parte dogmática de la constitución se ha ampliado y enriquecido a través del *art. 75 inc. 22,* que directamente confiere *jerarquía constitucional* a *once instrumentos internacionales de derechos humanos* (dos declaraciones, ocho tratados, y un protocolo adicional), y que prevé para el futuro un procedimiento especial mediante el cual otros tratados de derechos humanos pueden lograr aquella misma jerarquía (ver nº 13, a).

Con esto, nuestro derecho constitucional ha acogido expresamente una *doble fuente* para el sistema de derechos: la propia *interna,* y la *internacional* (ver nº 13 a).

La fuente internacional se nutre no sólo de tratados con jerarquía constitucional; también los que no la poseen y versan sobre derechos humanos deben ser tenidos en cuenta por dos razones

como mínimo: a) que por el mismo inc. 22 *prevalecen sobre las leyes;* b) que siempre *obligan internacionalmente* a nuestro estado y le adjudican responsabilidad internacional si en jurisdicción interna no se cumplen o se violan.

La democracia y el sistema de valores en la reforma de 1994

17. — Para comprender el actual sistema de derechos, no es vano un somero paseo por las expresiones lexicales introducidas con la reforma. Sin aferrarse a una exagerada interpretación gramatical, la "letra" *traduce* un "espíritu", un ideario, un conjunto princi-pista-valorativo.

Ya el primer artículo nuevo, que es el 36, intercala la locución "sistema *democrático* ", a continuación de la mención del "orden *institucional* ". Parecería que "*orden* institucional" y "*sistema* democrático" definieran una axiología: para la constitución, "su" *orden institucional* está programado como *democrático,* y sin sistema democrático se le inflige un vaciamiento.

No estamos ante una expresión aislada. Vuelve —por ejemplo— a aparecer en el nuevo art. 38, en la referencia a los *partidos* como instituciones fundamentales del *sistema democrático,* y a la garantía que se les depara en su *funcionamiento democrático.*

Los "valores *democráticos* " deben quedar asegurados también en las leyes de organización y de base de la *educación,* según el art. 75 inc. 19.

El mismo art. 75 en su inc. 24, alusivo a la integración supraestatal mediante tratados, prevé transferir competencias y jurisdicción a organizaciones propias de dicha integración, con el requisito —entre otros— de que respeten el "orden *democrático* ".

La palabra "orden" venía adjetivada en el ya citado art. 36 como "institu-cional", y ahora como "democrático", lo que corrobora nuestra noción de que el orden institucional es únicamente tal si tiene naturaleza democrática y si incardina valores también democráticos.

18. — Veamos la *participación.* Sin emplear el término, ha inspirado a los artículos 39 y 40, sobre derecho de *iniciativa legislativa* y sobre *consulta popular.* Pero la encontramos en el art. 75, cuyo inc. 17 sobre los *pueblos indígenas* obliga a asegurar su "participación" en la gestión referida a sus recursos naturales y a los otros intereses que los afecten; y cuyo inc. 19, relativo a las leyes sobre *educación,* establece el deber de asegurar la "participación" de la familia y de la sociedad.

19. — La *igualdad de oportunidades* —a veces enfatizada con el adjetivo "real"— ha obtenido múltiple acogimiento. El art. 37 sobre *derechos políticos* emplea la expresión para igualar a varones y mujeres en orden a su acceso a cargos electivos y partidarios; el art. 75 inc. 19 ordena asegurarla sin discriminación alguna —añadiendo la igualdad de "posibilidades"— en las leyes sobre *educación;* en tanto su inc. 23 asigna competencia para legislar y promover la misma igualdad —agregando también la *de trato*—.

En otras normas se ha reforzado el énfasis utilizando la locución "acción positiva", como para dar a entender que allí se sitúan obligaciones bien concretas de *hacer* algo para alcanzar el fin al que tiene que dirigirse esa acción. Por ejemplo, en los arts. 37 (sobre derechos políticos), 75 inc. 23 (para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato), y cláusula transitoria segunda (correspondiente al art. 37).

20. — El *derecho a la identidad y al pluralismo* viene aludido en el art. 75 inc. 17 (referido a los pueblos indígenas); inc. 19 (sobre leyes en materia cultural); y sin empleo explícito de la terminología, en todas las normas ya apuntadas que, por atender a la igualdad de oportunidades, de posibilidades y de trato, y a la no discriminación, han de comprenderse como garantes de la identidad —y de las diferencias— así como del pluralismo, porque no existe igualdad real cuando tales aspectos dejan de computarse, si es que la igual-dad equipara a quienes se hallan en similares situaciones y contempla con respeto y de manera distinta a quienes se encuentran en circunstancias disímiles (ver cap. X, n$^{os.}$ 22 y 23).

21. — Es suficiente este rastreo para clausurar el recorrido del *plexo principista-valorativo* que aquí importa rescatar.

Si en un retorno a la constitución histórica hacemos referencia a la etapa anterior a la reforma de 1994 y prescindimos de los textos por ella adicionados, encontramos también un buen anclaje. En efecto, el respeto y la tutela de los derechos personales configuran el contenido fundamental y básico del *bien común,* que coincide con el bienestar general del preámbulo. La vigencia sociológica de los derechos personales es, por otra parte, el aspecto definitorio y esencial de la *democracia* como forma de estado. El sistema integral de nuestra constitución —según fórmula del derecho judicial de la Corte— reposa en el respeto sustancial de aquellos derechos, por lo que la filosofía de la misma constitución se opone a la del totalitarismo.

Listado de los derechos personales

22. — A sólo título de síntesis nos parece útil un panorama global que indique el contenido actual del plexo de derechos. Esta vez, para no amputarlo, incluiremos también los contenidos que ya hacían parte de la constitución histórica antes de la reforma de 1994.

Las citas pueden ser las siguientes, en agrupamientos tentativos:

A) *Derechos del art. 14; Derechos civiles:*

trabajar y ejercer industria;
navegar;
comerciar;
petición;
libertad ambulatoria;
libre expresión de ideas por la prensa;
propiedad;
asociación;
libre profesión del culto;
enseñar y aprender;

B) *Derechos del art. 14 bis; Derechos sociales:*

protección legal del trabajo;
condiciones dignas de labor;
jornada limitada;
descanso y vacaciones pagados;
retribución justa;
salario mínimo, vital y móvil;
igual remuneración por igual tarea;
participación en las ganancias de las empresas;
control de la producción y colaboración en la dirección;
protección contra el despido arbitrario;
estabilidad en el empleo público;
organización sindical libre y democrática;
concertación de convenios colectivos de trabajo;
conciliación y arbitraje;
huelga;
garantías a los representantes gremiales;
beneficios de la seguridad social;
seguro social obligatorio;
jubilaciones y pensiones móviles;
protección integral de la familia;
defensa del bien de familia;
compensación económica familiar;

acceso a vivienda digna.

C) *Derecho del art. 20; Derechos civiles de los extranjeros:*
todos los que titulariza el ciudadano;
ejercer industria, comercio y profesión;
propiedad de bienes raíces;
libre profesión del culto;
testar;
casarse;
exención de admitir la ciudadanía;
exención de contribuciones extraordinarias forzosas;
adquisición voluntaria de la nacionalidad argentina.
Derechos del art. 25; Derechos civiles de los extranjeros:
ingreso de extranjeros exento de cargas fiscales.
Derechos del art. 21; Derechos civiles de los extranjeros naturalizados:
exención de prestar el servicio militar durante diez años.

D) *Derechos del art. 15; Derechos civiles:*
prohibición de la esclavitud;
prohibición de compraventa de personas.
Derechos del art. 16; Derechos civiles:
igualdad;
admisibilidad en los empleos;
igualdad fiscal y ante las cargas públicas.
Derechos de los arts. 9º a 12; Derechos civiles:
exención de aduanas interiores;
libre circulación territorial exenta de cargas fiscales de bienes, vehículos y buques;
igualdad de puertos.
Derechos del art. 26; Derechos civiles:
libre navegación de los ríos.
Derechos del art. 17; Derechos civiles:
propiedad inviolable;
indemnización previa en la expropiación;
exención de servicios personales que carezcan de fundamento legal;
propiedad intelectual, industrial y comercial;
exención de confiscación;
exención de requisiciones y auxilios por la fuerza armada.
Derechos del art. 7º; Derechos civiles:
fe pública de actos públicos y procedimientos judiciales en todo el territorio, sin barreras jurisdiccionales.
Derechos del art. 8º; Derechos civiles:
igualdad de derechos de los ciudadanos de provincia.
Derechos del art. 19; Derechos civiles:
intimidad y privacidad;
principio de legalidad.
Derechos del art. 28; Derechos civiles:

principio de razonabilidad.

E) *Derechos del art. 33; Derechos implícitos de toda índole.*

Derechos del art. 75 inc. 22; Derechos civiles; derechos políticos; derechos económicos, sociales y culturales, todos derivados de declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. También los que surgen de ellos como derechos implícitos.

F) *Derechos del art. 36; Derechos civiles del ciudadano:*

resistencia frente a actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.

G) *Derechos del art. 37; Derechos políticos:*

sufragio;

igualdad de varones y mujeres.

Derechos del art. 38; Derechos políticos:

libre creación y actividad de los partidos políticos;

garantías a los partidos políticos;

acceso a las fuentes de información;

difusión de ideas;

sostenimiento económico estatal.

Derechos del art. 39; Derechos políticos:

iniciativa legislativa popular.

Derechos del art. 40; Derechos políticos:

sufragio en consulta popular.

H) *Derechos del art. 41; Derechos civiles y sociales:*

preservación del ambiente;

preservación del patrimonio natural y cultural;

preservación de la diversidad biológica;

información y educación ambientales;

no ingreso al territorio de residuos peligrosos y radiactivos.

Derechos del art. 42; Derechos civiles y sociales de consumidores y usuarios:

protección de salud, seguridad e intereses económicos;

información adecuada y veraz;

libre elección;

condiciones de trato equitativo y digno;

defensa de la competencia;

calidad y eficiencia de los servicios;

asociaciones de consumidores y usuarios.

I) *Derechos del art. 75 inc. 17; Derechos civiles y sociales de los pueblos indígenas:*

reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural;

respeto a su identidad;

educación bilingüe;

reconocimiento de la personería jurídica;

posesión y propiedad comunitarias;

participación en la gestión referida a sus intereses.

J) *Derechos del art. 75 inc. 19; Derechos culturales:*
investigación;
desarrollo científico y tecnológico;
formación profesional de los trabajadores;
participación de la familia y la sociedad en la educación;
igualdad de oportunidades y posibilidades en la educación;
no discriminación;
gratuidad y equidad en la educación pública estatal;
autonomía y autarquía de las universidades nacionales;
identidad y pluralidad cultural;
libre creación y circulación de las obras de autor;
protección del patrimonio artístico y de los espacios culturales y audiovisuales.

K) *Derechos del art. 75 inc. 19; Derechos civiles y económicos:*
desarrollo humano;
progreso económico con justicia social;
generación de empleo;
defensa del valor de la moneda.

L) *Derechos del art. 75 inc. 23; Derechos civiles y sociales:*
igualdad real de oportunidades y de trato;
pleno goce y ejercicio de los derechos;
protección especial de niños, mujeres, ancianos y discapacitados;
régimen de seguridad social para el niño desamparado, desde el embarazo hasta el término del período de enseñanza elemental;
régimen de seguridad social para la madre durante el embarazo y el período de lactancia.

M) *Derechos del art. 43; Derechos de incidencia colectiva* (intereses de pertenencia difusa).

N) *Derechos del art. 18; Garantías:*
ley y juicio previos en materia penal;
jueces naturales;
acceso a la justicia;
exención de declarar contra sí mismo;
debido proceso;
defensa en juicio;
inviolabilidad del domicilio;
inviolabilidad de correspondencia epistolar y papeles privados;
prohibición de pena de muerte por causas políticas;
prohibición de tormentos y azotes;
régimen carcelario para seguridad y no para castigo.
Derechos del art. 43; Garantías:
amparo;
habeas data;
habeas corpus;
secreto de las fuentes de información periodística;
acciones de clase.

Un agrupamiento de materias relacionadas con los derechos

23. — Especialmente en temas que explícitamente se incorporan como nuevos al texto constitucional, y sin perjuicio de citar conjuntamente otros que ya contaban con alguna referencia anterior, creemos útil esbozar linealmente algunos agrupamientos que faciliten la búsqueda de coincidencia o de afinidad en determinadas cuestiones vinculadas con el sistema de derechos.

Las menciones se limitan a los artículos de la constitución, pero hay que tener muy en claro que en cada una de las citas también hay —o puede haber— similares referencias en el articulado de los *instrumentos internacionales* que vienen aludidos en el *art. 75 inc. 22* como de *jerarquía constitucional.* En atención a esta igual supremacía que la constitución les reconoce, no queremos silenciar esta reflexión, porque tanto en los derechos enumerados como en los implícitos, el actual sistema de derechos se nutre e integra con dos fuentes: la interna y la internacional.

a) *Educación:* arts. 14; 41 segundo párrafo; 75 inc. 17; 75 inc. 18; 75 inc. 19; 125.

b) *Investigación, obras de autor, desarrollo científico y tecnológico:* arts. 17; 75 inc. 17; 75 inc. 19 párrafos primero y cuarto; 125.

c) *Progreso y desarrollo:* arts. 41 primer párrafo; 75 inc. 17 segundo párrafo; 75 inc. 18; 75 inc. 19 primero y segundo párrafos; 125.

d) *Información:* arts. 38 segundo párrafo; 41 segundo párrafo; 42 primer párrafo; 43 tercer párrafo.

e) *Protecciones especiales:* arts. 14 bis; 20; 75 inc. 17; 75 inc. 23 primero y segundo párrafos; disposición transitoria primera.

f) *Expresión y difusión de ideas y de cultura:* arts. 14; 38 segundo párrafo; 75 inc. 19 párrafos primero y cuarto.

g) *Minorías:* art. 75 inc. 17; disposición transitoria primera.

h) *Ambiente:* arts. 41; 43 segundo párrafo.

i) *Consumidores y usuarios:* arts. 42; 43 segundo párrafo.

j) *Seguridad social* arts. 14 bis; 75 inc. 12; 75 inc. 23 segundo párrafo; 125.

k) *Igualdad:* arts. 8º; 16; y para *igualdad de oportunidades* (a veces con el calificativo de "real" y otras con la añadidura "de posibilidades" y "de trato"); 37; 75 inc. 19 tercer párrafo; 75 inc. 23 primer párrafo.

l) *Salud:* arts. 41 y 42.

m) *Familia:* arts. 14 bis; art. 75 inc. 19 tercer párrafo.

n) *Extranjeros:* arts. 20; 21; 25; disposición transitoria primera.

ñ) *Propiedad:* arts. 14; 14 bis; 17; 75 inc. 17 segundo párrafo.

o) *Patrimonio cultural, natural, artístico:* arts. 41; 75 inc. 17; 75 inc. 19 cuarto párrafo.

p) *Identidad cultural:* arts. 75 inc. 17; 75 inc. 19 cuarto párrafo.

Los derechos humanos y la interpretación

24. — Sabemos que en la constitución hay dos partes: la que organiza al poder, y la que emplaza políticamente al hombre en el estado. "Parte orgánica" y "parte dogmática" integran en pie de igualdad a la constitución formal, por manera que las normas de una parte y otra gozan de *igual jerarquía normativa* dentro de la supremacía total del texto completo.

No obstante, los *valores* que hacen a la *persona humana* y a sus *derechos* son más eminentes que los que se refieren a la estructura del poder. De ahí que la interpretación coherente y armónica de toda la constitución debe reconocer a la parte orgánica un valor instru-mental respecto de la parte dogmática.

Es muy buena la pauta que ha dado el derecho judicial de la Corte, en el sentido de que cuando una cuestión envuelve conflicto entre valores jurídicos contrapuestos, no es dudosa la preferencia en favor del que tiene mayor jerarquía. Los derechos del hombre la tienen respecto del poder.

En consonancia con esta regla, el mismo derecho judicial nos ofrece otras: a) para preservar los derechos reconocidos por la constitución, la interpretación de las leyes se ha de hacer (en cuanto el texto en cuestión lo permita sin violencia) de la manera más acorde con los principios y garantías constitucionales; b) los jueces deben interpretar las leyes de modo que concuerden con esos principios y garantías, teniendo que preferir, en la interpretación de la ley, la que mejor concilie con los derechos y garantías constitucionales; c) hay que evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de las normas conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas.

25. — El actual *derecho internacional de los derechos humanos* sintoniza muy bien con la constitución democrática. Con su reforma de 1994, numerosos instrumentos internacionales sobre derechos humanos han alcanzado *la misma jerarquía de la constitución suprema,* operando como fuente externa —en común con la interna— del sistema de derechos (ver n^os.^ 13 a, y 16).

26. — Por ahora nos limitamos a sugerir que para la interpretación de los derechos humanos a partir de la incorporación a nuestro derecho interno de tratados sobre derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional, conviene propiciar algunas pautas como las siguientes:

a) los derechos contenidos en la constitución se han de interpretar *de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos* que hace parte del derecho argentino, al modo como —por ejemplo— lo estipulan las constituciones de España (1978) y de Colombia (1991);

b) en la medida de lo posible, y para esa compatibilización y coordinación, se ha de arrancar de una *presunción:* la de que las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos son *operativas;*

c) cuando acaso los derechos contenidos en los tratados internacionales no figuren en la constitución, u ofrezcan mayor amplitud, o presentes modalidades parcialmente diferentes, hay que esforzarse en considerar que los derechos emergentes de los tratados tienen hospedaje en la cláusula constitucional de los *derechos implícitos* (art. 33);

d) Si todos los tratados internacionales, de cualquier materia o contenido, son ahora *superiores a las leyes* según principio general del art. 75 inc. 22 en su texto surgido de la reforma de 1994, hay tratados de derechos humanos que tienen *jerarquía constitucional*, lo que los coloca a su mismo nivel en el vértice de nuestro derecho interno;

e) las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción ha consentido nuestro estado al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica en 1984, han de ser tomadas en cuenta como orientación valorativa para su aplicación posible, tanto si la referida Corte ha actuado en jurisdicción contenciosa como en jurisdicción consultiva.

III. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y DE SU DECLARACIÓN

Las pautas fundamentales

27. — La caracterización de la *declaración* de derechos en nues-tro sistema, y de los *derechos* que en él se reconocen es la siguiente:

a) Hay derechos *enumerados,* o sea, expresamente reconocidos —por ej.: los del art. 14—, y *derechos no enumerados* o implícitos —por ej.: los aludidos en el art. 33—. Todo derecho fundamental o primario del hombre puede y debe considerarse incluido en la cons-titución, esté o no reconocido expresamente.

a') En el bloque de constitucionalidad, fuera del texto de la constitución, también hay derechos que surgen de *instrumentos internacionales con jerarquía constitucional,* y de otros tratados que sólo son superiores a las leyes, todo de acuerdo al art. 75 inc. 22.

b) Los derechos referidos en el inciso anterior, que son derechos "del hombre" en cuanto persona, pertencen tanto a *nacionales* o ciudadanos cuanto a *extranjeros.* Ello deriva de varias pautas; b') la constitución los reconoce a los "habitantes", es decir, sin acepción de nacionalidad o ciudadanía; b'') la constitución los extiende expresamente a los extranjeros en el art. 20; b''') los tratados internacionales prohíben discriminar.

c) Los mismos derechos referidos en los incisos a) y b) reconocidos a todos los habitantes, obligan como *sujeto pasivo* tanto al *estado federal* como a las *provincias.*

Ello marca una diferencia importante entre nuestra constitución y la norteamericana, ya que las diez primeras enmiendas de ésta —equivalentes a una declaración de derechos— sólo impusieron limitaciones al estado federal en orden al respeto de los derechos declarados, pero no a los estados locales; recién a partir del establecimiento de la enmienda XIV fue interpretándose progresivamente que los estados locales quedaban también sujetos a obligaciones similares a las del estado federal.

En nuestra constitución, en cambio, la declaración de derechos obliga a las *provincias,* afirmación ésta que se corrobora con las siguientes pautas: c') el art. 5º prescribe que las constituciones provinciales deben estar de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la constitución federal, o sea, que además de dar recepción a la declaración de derechos, las provincias no pueden violarla o desconocerla; c'') la misma titularización de los derechos en "todos los habitantes" muestra que involucra a todos los hombres que son habitantes del estado federal, incluyendo a quienes habitan en las provincias; c''') el artículo 8º extiende a los ciudadanos de cada provincia los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano de las demás; c'''') los tratados internacionales de derechos humanos, tengan o no una "cláusula federal" expresa, obligan y responsabilizan al estado, sin distinguir si es federal o unitario.

De todo ello surge que: 1) ni el estado federal ni las provincias pueden violar o desconocer la declaración de derechos contenida en la constitución federal y en los tratados internacionales; 2) que esta declaración rige *territorialmente en todo el país* —también en las provincias— y *personalmente para todos los habitantes.*

d) Los derechos que la constitución reconoce *no son absolutos* sino *relativos.* Ello quiere decir que son susceptibles de *reglamentación* y de *limitación,* sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otro, sea para que cumplan su funcionalidad social en orden al bien común, sea para tutelar el orden y la moral públicos, sea por razón del llamado poder de policía, etc.

La relatividad de los derechos surge: d') del propio art. 14, que se refiere al goce de los mismos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"; d'') del principio ínsito en la constitución de que la determinación de sus normas habilita la reglamentación por parte de los órganos del poder (arts. 14 bis, 18, etc., en cuanto prevén leyes que reglamenten derechos); d''') del art. 28, que consigna la reglamentación *razonable;* d'''') del *derecho judicial,* en cuanto la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene establecido de modo tradicional y uniforme que *no* hay derechos absolutos. La relatividad tiene, no obstante, y a su vez, su propio límite: toda reglamentación que limite a los derechos debe ser *razonable,* conforme al art. 28; d''''') los tratados internacionales de derechos humanos también aluden a limitaciones y a deberes.

Parte de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte entienden que las limitaciones a los derechos se imponen a título de ejercicio del "poder de policía".

e) En orden a la *interpretación* de los derechos la Corte Suprema tiene dicho que la igual jerarquía de las cláusulas constitucionales requiere que los derechos fundados en cualquiera de ellas deban *armonizarse* con los demás que consagran los otros preceptos constitucionales, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales (ver nº 24).

f) La igual jerarquía de todas y cada una de las normas constitucionales, a que aludimos en el inciso anterior, permite decir que *todas las que declaran derechos gozan de igual rango,* no obstante lo cual los derechos "en sí" no son todos iguales, porque hay unos *más "valiosos"* que otros (la vida "vale" más que la propiedad, por ejemplo). De ahí que para completar la regla del inc. e) haya que afirmar, con el derecho judicial de la Corte, que si hay *conflicto* entre valores jurídicos contrapuestos, se debe preferir el de *jerarquía mayor* (ver nº 24).

f') Similar interpretación debe hacerse con los derechos que surgen de *tratados* que, por revestir jerarquía constitucional, tienen el mismo rango normativo de la constitución.

f'') Los tratados de derechos humanos obligan a una interpretación que no limite, menoscabe o suprima *derechos mejores* o *más amplios* que surgen del derecho interno.

f''') Ni los tratados con jerarquía constitucional derogan normas constitucionales sobre derechos de la primera parte de la constitución, ni ésta deroga o hace inaplicables normas de dichos tratados, porque éstas son "complementarias" de las constitucionales según el art. 75 inc. 22.

f'''') Nuestra constitución no contiene en su texto la dualidad que a veces distingue el derecho comparado cuando divide a los derechos en unos que se llaman "fundamentales" y otros que no lo son (ver j').

g) Las normas sobre derechos personales presentan el doble carácter de disponibles e indisponibles, según el ángulo desde el cual se las contemple. Como principio, resultan *disponibles para el sujeto activo,* que puede a su discreción ejercer o no ejercer el derecho del que es titular (salvo derechos irrenunciables, como los de la patria potestad). Pero son *indisponibles en*

cuanto al sujeto pasivo, en la medida en que éste debe una prestación (de dar, hacer u omitir) frente al sujeto activo.

h) El goce de los derechos en nuestro estado no puede subordinarse a la reciprocidad que eventualmente otorguen estados extranjeros en situaciones equivalentes a las protegidas en nuestra jurisdicción interna.

Así, es inconstitucional que la ley supedite el reconocimiento ante tribunales argentinos de créditos de acreedores extranjeros o cuyo lugar de pago se halla fuera de la república, a un trato favorable de estados extranjeros respecto de nuestros nacionales o de créditos pagaderos en nuestro país.

i) El *derecho internacional* que se incorpora al derecho interno puede, según la índole de las normas respectivas, crear derechos y obligaciones directas para los particulares, además de las que sea susceptible de engendrar interna e internacionalmente para el esta-do que es parte en el tratado.

Así, los derechos declarados en convenciones, pactos o tratados sobre derechos humanos invisten directamente de *titularidad* a los habitantes del estado que se hace parte en el acuerdo, cuando las cláusulas que contienen aquellos derechos son *operativas.* Si son *programáticas,* hacen recaer en el estado la *obligación de adoptar las medidas de derecho interno* que permitan su funcionamiento. (En general, cabe decir sobre estas cláusulas programáticas lo mismo que hemos explicado al tratar ese tema en relación con la constitución.)

j) En cuanto a la *protección* de los derechos por parte del *poder judicial,* es muy importante destacar que, conforme al derecho judicial emanado de la Corte Suprema, “cualquiera sea el procedimiento mediante el cual se proponga a decisión de los jueces una cuestión justiciable, nadie puede sustraer al poder judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene de hacer respetar la constitución nacional y, en particular, las garantías personales que reconoce”, considerándose que *excluir compulsivamente del conocimiento de los jueces una cuestión justiciable donde se debate un derecho subjetivo importa agravio a la garantía de la defensa en juicio.*

j’) Al no existir en la constitución la dualidad de derechos “fundamentales” y otros que no lo son, tampoco hay una protección más fuerte y distinta a favor de los primeros; nuestro sistema garantista dispensa vías tutelares diferentes según la *gravedad de la lesión* que se infiere a los derechos y no tanto según su naturaleza (ver f’’’’).

k) Pese a la diferente jurisprudencia de la Corte, entendemos con Marienhoff que tanto en el caso de administración “reglada” cuanto de administración “discrecional”, los derechos subjetivos que nacen de uno y otro acto tienen la misma naturaleza y producen los mismos efectos.

1) Como principio, es muy interesante destacar que los bienes jurídicos que quedan anidados y amparados en la declaración de derechos *no imponen necesariamente la obligación de que se los tutele penalmente* (es decir, de que la ley penal incrimine la lesión a esos bienes), salvo que la constitución expresamente lo disponga (por ej., cuando incrimina la compraventa de personas para proteger penalmente la dignidad y libertad de la persona humana).

28. — La *relatividad* de los derechos presta base constitucional a la teoría del *abuso del derecho,* desde que dicha teoría presupone admitir que los dere-chos tienen o deben cumplir *una función social,* lo cual no es más que reconocer que todo derecho subjetivo arraiga y se ejerce en el marco de una convivencia social, donde la *solidaridad* impide frustrar la naturaleza social del derecho.

Los derechos y la responsabilidad del estado

29. — Hay un interesante punto a esclarecer. El derecho judicial de la Corte admite que puede existir responsabilidad indemnizatoria del estado cuando su actividad ha sido *lícita* o *legítima* (y no solamente cuando ha sido ilícita o ilegítima). Tal responsabilidad por actividad lícita procede si con su ejercicio se ha originado un perjuicio a los particulares (por ej., una modificación de la política económica del estado que afecta a contratos válidamente celebrados durante la vigencia de un sistema anterior distinto, como en el caso de no dejarse entrar a plaza mercadería importada del exterior sobre la base de un contrato realizado cuando dicha mercadería podía ser introducida). (Puede verse en tal sentido el fallo de la Corte en el caso “Cantón c/Gobierno Nacional”, del 15/V/1979). (Ver cap. V, nº 36).

El deslinde que debe hacerse se aproxima al siguiente lineamiento: a) como principio, la actividad lícita no ofende (precisamente por su licitud) a la constitución; b) incluso, si versa sobre políticas gubernamentales, pueden

éstas escapar al control judicial en cuanto a su conveniencia, oportunidad, etc.; c) pero si se afecta un *derecho adquirido* o se causa daño, la actividad lícita engendra responsabilidad del estado para indemnizar.

El principio de que el estado debe reparar los perjuicios causados a los derechos mediante su actividad lícita cubre tanto el supuesto en que el estado actúa como administrador, cuanto aquéllos en que actúa como legislador. En el área de la actividad administrativa, incluye también la denominada actividad discrecional.

En cuanto a la responsabilidad del estado por *error judicial* (que en nuestro derecho cuenta con normas favorables del Pacto de San José de Costa Rica —art. 10— y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 14.6—) la Corte Suprema ha interpretado en el caso "Vignoni Antonio S. c/Estado de la Nación Argentina", del 14 de junio de 1988, que como principio aquella responsabilidad sólo procede cuando el acto jurisdiccional que causa daño es declarado ilegítimo y es dejado sin efecto, por cuanto sin ese requisito no se puede reputar incursa en error a una sentencia con fuerza de cosa juz-gada.

El sujeto activo (o titular) de los derechos

30. — Los derechos que comenzaron denominándose "individuales" y que hoy se llaman "derecho *humanos* " son derechos *de la persona humana.* Por eso también se los apodó "derechos *del hombre* " (no por referencia al sexo masculino, sino a la especie humana).

De esta manera queda individualizado el *titular* o *sujeto activo.*

A renglón seguido hay que añadir que las personas que para nuestro derecho constitucional titularizan derechos son los *habitantes*, o sea, quienes integran la población de nuestro estado y, excepcionalmente, quienes sin formar parte de ella, tienen un punto de conexión suficiente con la jurisdicción argentina (ver nº 42).

En el *derecho internacional de los derechos humanos,* el principio general y básico es el que centraliza en la persona humana (o persona física) la titularidad de los derechos que reconocen las declaraciones internacionales y los tratados. Solamente por excepción hay en ellos normas expresas que extienden algunos pocos derechos a entidades colectivas (ver nº 31 b).

El *derecho argentino*, en cambio, reconoce a tales entes algunos de los derechos de la persona, en la medida en que por analogía deben proyectárseles (ver nº 31).

31. — El avance de la concepción social de los derechos llega a captar que, si bien el hombre es el sujeto primario y fundamental de los mismos, los derechos reconocidos constitucionalmente son susceptibles asimismo de tener como sujeto titular o activo a una *asociación* a la que se depara la calidad de sujeto de derecho (insti-tución, persona moral, persona jurídica, etc.). De este modo, cabe reputar que el titular de los derechos es *doble:* a) el *hombre;* b) una *entidad* con determinada calidad de *sujeto de derecho.*

En el caso "Kot", de 1958, la Corte acogió la vía del amparo para proteger —bajo el nombre de derechos humanos— a derechos cuyo titular era una sociedad de responsabilidad limitada.

En cambio, como principio, es importante destacar que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, los derechos contenidos en la constitución y *acordados a los hombres contra el estado,* no pueden ser titularizados por el estado, "sin perjuicio de que éste, cuando actúa en un plano de igualdad con aquéllos, pueda invocar algunas de las garantías constitucionales, como ocurre por ejemplo, con la defensa en juicio".

a) Antes de la reforma de 1994, la constitución formal no aludía a *entes colectivos* cuando titularizaba derechos, salvo en el reconocimiento a los "gremios" en el art. 14 bis.

Después de la reforma, las remisiones que efectúan muchos artículos a dichos entes son susceptibles de emplearse para reconocerles determinados derechos. Tales menciones aparecen, por ej., en el art. 38 (partidos políticos); en el art. 42 (asociaciones de consumidores y usuarios); art. 43 (asociaciones que propenden a los fines tutelados mediante la acción de amparo del segundo párrafo de la norma); también art. 43 (asociaciones o entidades que poseen registros o bancos de datos públicos, o privados que están destinados a proveer informes, según el párrafo tercero dedicado al habeas data); art. 75 inc. 17 (personería jurídica de comunidades indígenas); art. 75 inc. 19 (universidades nacionales citadas en el párrafo tercero).

b) El hecho de que *tratados internacionales sobre derechos humanos* incor-porados al derecho argentino sólo reconozcan derechos a las personas físicas no desvirtúa la doble titularidad de que hablamos en el derecho interno, por cuanto: a) el derecho internacional de los derechos humanos es un derecho míni-mo y subsidiario, que nunca disminuye mejores derechos y situaciones que pue-dan surgir del derecho interno; y b) el Pacto de San José de Costa Rica consigna expresamente en las normas del art. 29 para su interpretación, que ninguna de sus cláusulas ha de interpretarse como limitativa de derechos que emanan del derecho interno.

Cuando nuestro derecho interno confiere holgura para extender derechos a favor de entidades colectivas, los tratados sobre derechos humanos asumen y respaldan esta solución.

32. — Debe asimismo computarse en el punto el principio de hospitalidad que nuestro derecho constitucional depara a los *entes colectivos extranjeros,* de modo análogo a como reconoce los derechos civiles a favor de las personas físicas extranjeras en el art. 20.

La extraterritorialidad de las personas jurídica extranjeras ofrece diversas variantes que regula el derecho privado.

33. — El *sujeto activo* de los derechos reviste importancia por diversos motivos: a) en cuanto a la promoción del *control* de consti-tucionalidad, desde que la jurisprudencia tiene establecido que sólo el titular actual del derecho que se pretende violado puede peticionar y obtener el ejercicio de aquel control; b) en cuanto a la *renuncia,* ya que el titular puede, en principio, renunciar a su derecho, habiendo admitido la jurisprudencia que ello es viable en materia de derechos patrimoniales, e interpretando que la renuncia se presume si el titular del derecho no articula la cuestión de constitucionalidad en defensa de su derecho presuntamente agraviado.

El sujeto pasivo de los derechos

34. — El *sujeto pasivo* es aquél ante quien el sujeto titular o activo hace valer u opone su derecho para que *haga, dé* u *omita* algo.

Los derechos existen frente a un doble sujeto pasivo: a) el *estado* (federal y provincial); b) los demás *particulares*. Por eso se los considera *ambivalentes* o bifrontes.

La trascendencia de esta dualidad en el sujeto pasivo radica en que: a) cualquier actividad —proveniente del estado, o de personas o grupos privados— que lesiona derechos, es *inconstitucional;* b) las *garantías* se deparan para proteger derechos tanto cuando su violación proviene de actividad estatal como cuando emana de actividad privada.

No hay en la constitución una norma expresa que genéricamente establezca cuál o cuáles son los sujetos pasivos de los derechos. Hay que inducir en cada caso y en cada derecho cuál es la naturaleza y el contenido de un derecho para situar debidamente a quien, frente al titular, debe cumplir como sujeto pasivo una obligación.

No obstante, algunas normas facilitan tal individualización; por ej., cuando el *art. 41* consigna el derecho a un ambiente sano, dice que todos los *habitantes* tienen el *deber de preservarlo,* y que las *autoridades* han de *proveer a su protección,* queda claro que tanto el estado como todos los particulares son, cada cual desde su posición, sujetos pasivos —a veces con obligaciones positivas, y otras con obligación de omitir daño o amenaza—; igualmente, es fácil en el *art. 42* detectar como sujetos pasivos en la relación de *consumo* a quienes proveen bienes en el mercado al consumidor o prestan *servicios* al *usuario.*

35. — Es menester puntualizar algunos aspectos fundamentales en relación con el sujeto pasivo "estado" (se trate del estado federal o de las provincias).

La primera obligación del estado frente al sujeto activo es la de *respetar* los derechos subjetivos, o sea, la de no violarlos, ni impedir su goce y ejercicio, ni crearles restricciones arbitrarias.

Ahora bien, como el estado ejerce su poder a través de las *tres funciones* clásicas (legislativa, ejecutiva, judicial) y de los órganos a quienes están encomendadas, podemos añadir: a) que la función *legislativa* debe cuidar que la reglamentación legal de los derechos sea *razonable,* o sea que *no altere* los derechos que reglamenta; b) que la función *ejecutiva-administrativa,* como sublegal que es, no altere las leyes que razonablemente reglamenten derechos, ni que ella misma los altere; c) que la función *judicial* debe protección a los derechos que aparecen comprometidos o cuestionados en causas judiciables.

Además conviene tener presente, con carácter general: a) que existiendo las garantías frente al estado, *todos los órganos del poder* están obligados a deparar y respetar esas garantías, en la medida en que ellas atañen o incumben a cada órgano; b) que existiendo control judicial de constitucionalidad, las presuntas lesiones a los derechos subjetivos son aptas para componer *causas judiciales* donde se pretende tutelarlos.

Por último, recuérdese el doble deber del estado de: a) *promover* el goce de los derechos; b) subsanar los llamados *derechos "imposibles"* (ver nº 4).

36. — La circunstancia de que *tratados internacionales sobre derechos humanos* incorporados al derecho argentino sólo permitan acusar o denunciar en la jurisdicción supraestatal las violaciones perpetradas contra aquellos derechos responsabilizando por ellas únicamente al *estado* (*federal* en el caso argentino) no significa que, en el orden interno, las provincias y los particulares dejen de ser sujetos pasivos obligados frente al titular de los derechos, sino únicamente imputar la referida responsabilidad internacional al estado federal.

37. — El sujeto pasivo cargado con una obligación de dar, hacer u omitir es muy importante para visualizar con acierto tanto al derecho del sujeto activo como a la prestación debida por el sujeto pasivo.

A veces un determinado derecho es exigible frente a todos (tanto en relación con el estado como con los demás particulares), al menos cuando todos son sujetos pasivos obligados a no violar ese derecho, a no impedir su goce, a no interferir en su ejercicio. Otras veces, ocurre que un derecho solamente es exigible frente a un sujeto pasivo determinado o a varios, pero no en relación con otros ni con todos. Por fin, hay casos en que un derecho es doblemente exigible: a) frente a todos, en cuanto nadie debe impedir su ejercicio, y b) frente a un sujeto pasivo determinado o a varios, en cuanto deben cumplir en favor del titular con una obligación concreta de dar o de hacer, como ocurre con el derecho de trabajar, que a) debe ser respetado por el estado y los particulares, y b) además obliga al empleador a ciertas prestaciones (salario, vacaciones, descanso, etc.) y al estado para que mediante leyes fije las condiciones mínimas en favor de los trabajadores.

Cuando nunca es posible encontrar ni situar a un sujeto pasivo que tenga a su cargo una obligación concreta, hay que resignarse a decir que en el derecho constitucional tampoco hay un derecho.

Asimismo, cuando la presencia de uno o más sujetos pasivos identifica la de un derecho, el titular de éste necesita —cuando no le es reconocido o le es violado— la vía para provocar el cumplimiento de la obligación o su sustitución reparatoria, y la legitimación para acceder a esa vía.

Las obligaciones constitucionales que reciprocan a los derechos

38. — Es una noción elemental la que, por la relación de alteridad o de interferencia intersubjetiva que es propia del derecho, afirma que siempre y cada vez que hay un derecho personal titularizado por un sujeto activo, *hay en correspondencia una obligación de uno o más sujetos pasivos,* con la cual obligación satisfacer el aludido derecho personal. (Ver cap. VII, nº 75).

De ahí que todo el énfasis que se vuelca a los derechos humanos tenga también que dedicarse a las *obligaciones recíprocas* que, en verdad, son —al igual que los derechos— de naturaleza *constitucional.*

Ontológicamente, pues, *no hay derecho personal sin obligación correlativa.* Los derechos no resultarían accesibles, disponibles, susceptibles de goce y ejercicio, si no hubiera una o más obligaciones a cargo de uno o más sujetos pasivos, o si habiéndolas quedaran sin cumplimiento.

Esas obligaciones constitucionales son de tres clases: de *abstención* u *omisión,* de *dar,* y de *hacer*. Las de omisión implican prestaciones obligacionales *negativas,* y las de dar y de hacer constituyen prestaciones obligacionales *positivas.*

39. — Cuando se dice que los clásicos *derechos civiles* de la primera generación (por ej., de asociarse, de profesar el culto, de reunirse, de circular, de trabajar, etc.) implican para los sujetos pasivos una obligación de omisión, se quiere significar que ese sujeto y esa obligación han de dejar expedito el ejercicio del derecho por su titular, absteniéndose de impedírselo, de interferírselo, de violárselo.

Cuando se dice que los *derechos sociales* de la segunda generación aúnan obligaciones de dar y de hacer, se entiende que los sujetos pasivos tienen que cumplir obligaciones positivas de dar y de hacer; por ej., pagar el salario justo; prestar un servicio de salud; otorgar descanso diario, semanal y anual al trabajador, etc. Por eso, tales derechos se llaman también “derechos de *crédito* ” o “derechos de *prestación* ”.

A veces, derechos civiles de la primera generación, como el derecho a la vida, a la salud, a la educación, etc., exhiben en primer plano la correspondencia de una obligación de omisión a cargo del sujeto pasivo; así, no matar,

no lesionar, no impedir la opción por el tipo de enseñanza que el titular del derecho escoge, etc. Pero cuando el visor se amplía, es fácil que actualmente se añadan obligaciones de dar y de hacer, como en el caso de la vida y de la salud que, además de abstenciones para no padecer violación, requieren que no se contamine el ambiente, o las aguas; que se provea de atención sanitaria preventiva, curativa y rehabilitante; o en el caso de la educación, que haya disponibilidad efectiva de acceso a establecimientos educacionales, etc.

Los derechos "por analogado" y la obligación "activamente uni-versal"

40. — La afirmación de que a todo derecho de un sujeto activo le corresponde una obligación a cargo de un sujeto pasivo nos coloca ante cierta dificultad cuando examinamos algunas situaciones que, por íntima conexidad con *necesidades humanas fundamentales,* valoramos como derechos, y denominamos derechos. No hay más que pensar en la alimentación, la vivienda, la indumentaria, el trabajo, para sólo citar algunos ejemplos.

Comprendemos que quien no puede proveerse por sí mismo la satisfacción de necesidades elementales como son el alimento, la vivienda, la indumentaria, la actividad lucrativa, ve comprometida su subsistencia. Y sin vacilar decimos que tiene "derecho a" alimentarse, vestirse, vivir en un hábitat decoroso, poder trabajar.

Pero de inmediato nos asalta la ardua pregunta: ¿cuál o quién es el sujeto pasivo obligado a facilitarle alimento, vivienda, indu-mentaria, trabajo? ¿Es acaso el estado? ¿Lo es algún sujeto particular, o varios? La búsqueda no acierta a encontrar a ese sujeto pasivo. Y entonces parecería que si no se lo encuentra, si no existe, si no lo hay, tampoco hay alguien que como sujeto pasivo deba cumplir la obligación de suministrar todo lo que la satisfacción de los men-tados derechos requiere.

41. — Sin embargo, es posible afirmar que estos derechos son *derechos "por analogado", por analogía con los otros derechos* en los que la determinación concreta del sujeto pasivo y de su obligación se consigue fácilmente, porque también se detecta la relación intersubjetiva de alteridad entre el titular del derecho y quien (o quienes) como sujeto pasivo, tiene frente a él una obligación bien particularizada a cumplir en su favor.

¿Cuál es el sujeto pasivo y cuál la obligación en los derechos por analogado?

Para captarlo, partimos de la premisa de que entre cada persona que titulariza un *derecho por analogado,* y el sujeto pasivo, no hay una relación interindividual y personalizada (digamos, de "A" y "B"). Hay, en cambio, un sujeto pasivo que *frente a todos* (y no a cada uno en particular) tiene una *obligación.* Tal obligación, por existir frente *a todos* (los sujetos activos) debe llamarse *universal.* Y porque esa obligación consiste en *hacer algo* (y mucho), la apodamos *"activamente" universal. Obligación activamente universal* (de hacer frente a todos).

El sujeto pasivo es el *estado,* y su obligación de hacer consiste en *desarrollar políticas concretas de bienestar* en el vasto campo de la alimentación, de la vivienda, de la indumentaria, del trabajo, de la salud, de la educación, etc., para que a través de ellas los titulares de los derechos por analogado obtengan —mediante su participación en el bienestar común o general que aquellas políticas promuevan— la satisfacción de las necesidades vinculadas con los citados derechos por analogado.

Muchas de estas políticas, sobre todo después de la reforma de 1994, aparecen en la parte orgánica de la constitución y hacen parte del sistema de valores.

El ámbito territorial y personal de aplicación de la declaración de derechos

42. — El estado tiene un *ámbito territorial de validez y vigencia* de su ordenamiento jurídico, que corresponde al de su elemento geográfico o *territorio.* Por concomitancia, *todas las personas* que se hallan en ese espacio donde rige el citado ordenamiento quedan sujetas a la jurisdicción del estado mientras allí se encuentran, y ello tanto para titularizar *derechos* como *obligaciones.*

Estamos remitiéndonos al concepto amplio de *población* (permanente o estable, flotante, y transeúnte) (ver cap. VII nº 3).

No obstante, personas que no están en territorio del estado pero tienen con él y en él lo que llamamos un "punto de conexión", se hallan en condiciones de invocar los derechos que nuestro ordenamiento contiene, y quedan sujetas a la vez a las obligaciones correspondientes.

Así, por ej., si un extranjero domiciliado en el extranjero tiene bienes en Argentina, puede invocar a su favor el derecho individual de propiedad que la constitución declara inviolable. Si extranjeros domiciliados en el extranjero deben pleitear ante tribunal argentino conforme a normas de jurisdicción del derecho internacional privado, pueden invocar a su favor el derecho de la defensa en juicio. Si un extranjero domiciliado en el extranjero publica sus ideas por la prensa en nuestro país, puede invocar a su favor el derecho de hacerlo sin cesura previa.

43. — Los *tratados internacionales sobre derechos humanos* corroboran la misma solución. Por un lado, su finalidad es, precisamente, la de aplicarse di-rectamente en la jurisdicción interna de los estados-parte, engendrando la obligación interna e internacional de que los hagan efectivos en esa jurisdicción. Por otro lado, suelen consignar expresamente —como el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, que la referida obligación estatal tiene por objeto garantizar los derechos a las perso-nas que componen la población del estado y que están sujetas a su jurisdicción.

44. — La *jurisprudencia* de nuestra Corte también ha sentado dicho principio al sostener que las personas sometidas a la jurisdicción del estado, sean o no habitantes, que por razón de los actos que realizan en el territorio quedan sometidas a jurisdicción de nuestro estado, están por eso mismo bajo el amparo de la constitución y de las leyes.

Con esta comprensión, los derechos reciben un marco o perímetro de *validez y vigencia personales* en cuanto a quiénes son los sujetos activos y pasivos.

Las situaciones jurídicas subjetivas que no son derechos subjetivos

45. — Más allá del lenguaje y de los debates iusfilosóficos, queremos destacar con énfasis que el orbe genérico de lo que habitualmente llamamos “derechos” debe alojar —y aloja— *situaciones jurídicas subjetivas* que no presentan los rasgos típicos del clásico derecho subjetivo (o derecho público subjetivo).

El derecho administrativo elaboró hace tiempo la trinidad de “derecho subjetivo-interés legítimo-interés simple” y les deparó protecciones decrecientes y distintas en el orden en que hemos citado dicha trilogía.

Actualmente, aparecen —por un lado— los denominados *derechos de la tercera generación* (a la paz, a la comunicación, al desarrollo, etc.) y —por el otro— los *intereses colectivos, difusos,* o *de pertenencia difusa.* Para nuestro punto de vista, la reforma constitucional de 1994 les ha brindado reconocimiento cuando, al regular la acción de amparo, usa la expresión “derechos de *incidencia colectiva* en general”.

Si, por ej., el derecho a un ambiente sano y equilibrado ha recibido el nombre de “derecho” en el art. 41, que también emplea el art. 42 para mencionar el plexo que se refiere a los consumidores y usuarios, parece que ya no cabe discutir la categoría en la que incluimos esos “derechos” (si en la tradicional de derecho subjetivo, o en la de derechos de la tercera generación, o en la de derechos de incidencia colectiva, o en la de intereses difusos).

Es sobradamente suficiente registrarlos en el texto constitucional para prestarles recepción en cuanto situaciones jurídicas subjetivas a todos los efectos, especialmente para deparar las *garantías* necesarias a su defensa. Ello tanto cuando la violación se ha consumado como cuando hay amenaza o riesgo de daño.

46. — La lista de intereses difusos es extensa. A título enunciativo podemos citar: a) los relativos al ambiente, o al equilibrio ecológico; b) los propios de los consumidores; c) los que atañen a los administrados en relación con la prestación de servicios públicos; d) los vinculados al patrimonio cultural, histórico y artístico; e) los pertenecientes a grupos étnicos, religiosos, nacionales, etc., para preservar su idiosincrasia, su idioma, su sistema de creencias, sus símbolos, etc.

47. — Con un perfil o con otro, con mención expresa en la constitución o con hospedaje en nuestra cláusula de los derechos implícitos del art. 33, hemos de afirmar que estas *situaciones jurídicas subjetivas* no esfuman ni pierden la naturaleza de tales por la circunstancia de que cada uno de los sujetos que las titularicen componga un grupo o conjunto humano al que le es común ese mismo interés. La subjetividad no desaparece por el hecho de que cada uno entre muchos tenga una porción o parte en lo que es común a otros y a todos. La *afectación* del interés perjudica al conjunto, y por eso mismo también a cada persona que forma parte de él. La “parte individual” en el interés común o en el “derecho de incidencia colectiva” diseña la situación jurídica subjetiva, pero “lo común” diseña la pertenencia que se le atribuye al conjunto total. No

corresponde en modo alguno decir que, por ser de todos, no es de nadie o de ninguno, porque les pertenece a todos, y, en virtud de esa coparticipación, cada uno inviste su parte como situación subjetiva de él. El no haber "pertenencia exclusivamente individual" está lejos de significar que no haya subjetividad jurídica en la parte que cada cual tiene —al igual que los demás— en el interés colectivo de "pertenencia común" o en el derecho de "incidencia colectiva".

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Su encuadre y sus características

48. — El vocabulario jurídico ya ha incorporado la locución "derecho internacional de los derechos humanos". Es el derecho internacional que versa sobre los derechos del hombre.

Lo podemos situar cronológicamente a partir de la segunda guerra mundial cuando, concluida ésta, ya la Carta de las Naciones Unidas alude a derechos y libertades fundamentales del hombre para preservar la paz mundial.

Se advierte que la organización internacional asume, por ende, la preocupación de los derechos personales como propia de la *jurisdicción internacional* y del *derecho internacional.* Sería largo transitar los hitos posteriores, pero valga someramente citar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, una de la OEA, otra de la ONU, ambas del año 1948. De ahí en más, tratados y pactos internacionales van a contener declaraciones (parciales o totales) de derechos, libertades y garantías.

49. — Este derecho internacional de los derechos humanos ostenta perfiles que lo distinguen del derecho internacional común, general o clásico. Los tratados sobre derechos humanos, bien que responden a la tipología de los tratados internacionales, son tratados destinados a obligar a los estados-parte a cumplirlos *dentro de sus respectivas jurisdicciones internas,* es decir, a respetar en esas jurisdicciones los derechos que los mismos tratados reconocen directamente a los hombres que forman la población de tales estados. El compromiso y la responsabilidad internacionales aparejan y proyectan un deber "hacia adentro" de los estados, cual es el ya señalado de respetar en cada ámbito interno los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del estado-parte.

50. — La fuerza y el vigor de estas características se reconocen fundamentalmente por dos cosas: a) que las normas internacionales sobre derechos humanos son *ius cogens,* es decir, inderogables, imperativas, e indisponibles; b) que los derechos humanos forman parte de los *principios generales del derecho internacional público.*

Actualmente, no vacilamos en afirmar, además, que:

a) la *persona humana* es un sujeto investido de *personalidad internacional;*

b) la cuestión de los derechos humanos ya *no es de jurisdicción exclusiva o reservada de los estados,* porque aunque no le ha sido sustraída al estado, pertenece a una *jurisdicción concurrente o compartida* entre el estado y la jurisdicción internacional;

c) *nuestro derecho constitucional* asimila claramente, a partir de la reforma de 1994, todo lo hasta aquí dicho, porque su *art. 75 inc. 22* es más que suficiente para darlo por cierto.

51. — Es bueno trazar un paralelo entre derecho internacional y derecho interno. El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas —que sin enumerar los derechos humanos aludía a los derechos y libertades fundamentales del hombre— proclama su prioridad sobre todo otro tratado, pacto o convención en que se hagan parte los estados miembros de la organización. Quiere decir que tales estados no pueden resignar ni obstruir a través de tratados la obligación de respetar y cumplir los derechos y libertades fundamentales del hombre. De modo análogo, cuando una constitución suprema que encabeza al orden jurídico interno contiene un plexo de derechos, éste participa en lo interno de la misma supremacía de que goza la constitución a la que pertenece. Hay, pues, una *afinidad:* el derecho internacional de los derechos humanos sitúa a los derechos en la cúspide del derecho internacional, y el derecho interno ubica de modo equivalente a la constitución que incorpora los derechos a su codificación suprema.

El estado, sujeto pasivo

52. — El estado es sujeto pasivo cargado con *obligaciones* de omitir violación y también de dar o de hacer algo frente al hombre sujeto activo. Es además, el *único sujeto internacionalmente acusable* —en su caso— y *responsable* por el incumplimiento de esas obligaciones que, en cuanto sujeto pasivo, ha asumido al hacerse parte en el tratado.

Lo que tiene que quedar bien en claro es que el estado también incluye en su cúmulo de obligaciones la de *prevenir,* la de *impedir,* la de *vigilar,* la de *sancionar,* y la de *reparar* las violaciones que a los derechos puedan inferir los particulares. En caso de no hacerlo, y aun cuando el estado no sea el autor de la violación, incumple el tratado y tiene responsabilidad internacional por su omisión en prevenir, impedir, vigilar, sancionar y reparar.

El derecho internacional y el derecho interno

53. — Es frecuente el análisis de cómo el derecho internacional ingresa en el derecho interno. Los tratados entran a formar parte de él cuando el estado los *ratifica* internacionalmente, o *adhiere* a ellos. A partir de la ratificación o la adhesión, el derecho interno recibe al derecho internacional contractual.

No ha sido tan común reconocer que también *el derecho interno penetra en el derecho internacional.* Ejemplo claro de ello son los tratados que al declarar derechos establecen que esos derechos no niegan ni menoscaban otros derechos que puedan surgir del *derecho interno* del estado (constitución, leyes, etc.), con lo que puede decirse fácilmente que el tratado hace suyos también los derechos surgidos de fuente interna del estado.

Esto último exhibe el carácter abierto de los tratados y la tendencia a la *optimización* de los derechos, tanto como el carácter *mínimo y subsidiario* del derecho internacional de los derechos humanos, ya que los tratados procuran que su plexo elemental no sirva ni se use para dejar de lado otros derechos, o los mismos (quizá mejores, más amplios, más explícitos), que sean oriundos del derecho interno.

En correspondencia, no es vano observar en los tratados de derechos humanos un residuo de derechos que, al estilo del lenguaje constitucional, cabe denominar *implícitos.*

Todo ello guarda paralelismo con las frecuentes alusiones que los tratados de derechos humanos efectúan a lo que llaman una *sociedad democrática.*

El rango del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno argentino

54. — La *reforma constitucional de 1994* presenta dos fisonomías novedosas:

a) a todos los tratados, de cualquier naturaleza, les reconoce *rango superior a las leyes* (al modo como recién en 1992 lo empezó a sostener el derecho judicial de la Corte Suprema);

b) hay, no obstante, instrumentos internacionales sobre derechos humanos que por el art. 75 inc. 22 *recibieron directamente* —en una enumeración o listado— *jerarquía constitucional*, lo que para nosotros significa que revisten su misma supremacía desde el vértice de nuestro ordenamiento jurídico;

c) otros tratados de derechos humanos que no integran la serie de los citados en el anterior inc. b) *pueden adquirir también jerarquía constitucional* mediante un procedimiento especial, conforme al mismo art. 75 inc. 22.

Para esto, remitimos al cap. V, apartado II, y nº 66.

Vale reiterar que las normas de los tratados de derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional —pero especialmente si la tienen— se deben interpretar partiendo de la *presunción de que son operativas,* o sea, directamente aplicables por todos los órganos de poder de nuestro estado.

Las obligaciones del estado

55. — Cada artículo que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativo, por lo menos en los siguientes sentidos: a) con el efecto de *derogar* cualquier norma interna infraconstitucional opuesta a la norma convencional; b) con el efecto de *obligar al poder judicial* a declarar inconstitucional cualquier norma interna infraconstitucional que esté en contradicción con la norma convencional, o a declarar que la norma convencional ha producido la derogación automática; c) con el efecto de *investir directamente* con la titularidad del derecho o la libertad a todas las personas sujetas a la jurisdicción argentina, quienes pueden hacer exigible el derecho o la libertad ante el correspondiente sujeto pasivo; d) con el efecto de *convertir en sujetos pasivos* de cada derecho o libertad del hombre al estado federal, a las provincias, y en su caso, a los demás particulares; e) con el efecto de

provocar una *interpretación de la constitución* que acoja congruentemente las normas de la convención en armonía o en complementación respecto de los similares derechos y libertades declarados en la constitución.

En materia de tratados sobre *derechos sociales*, muchas de sus cláusulas —al contrario— suelen ser *programáticas* e, incluso, depender para su eficacia de condicionamientos culturales, económicos, políticos, etc., que exceden el marco semántico del enunciado normativo del derecho.

Lo que debe quedar en claro es que aun tratándose de cláusulas programáticas, si la ley que conforme a ellas debe dictarse no es dictada en un lapso razonable, la *omisión* frustratoria de la cláusula programática merece reputarse *inconstitucional* (inconstitucionalidad por omisión).

Cuando un tratado como el Pacto de San José de Costa Rica obliga a los estados-parte a *adoptar las medidas legislativas "o de otro carácter"* que resulten necesarias para la efectividad de los derechos, hay que dar por cierto que entre esas medidas "de otro carácter" como alternativas o supletorias de las legislativas, se hallan las *sentencias*, porque los jueces —en cuanto operadores— tienen la obligación de dar aplicación y eficacia a los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos.

El derecho humanitario y de refugiados

56. — En el derecho internacional de los derechos humanos bien cabe aludir al llamado "derecho internacional *humanitario* ", que está destinado a aplicarse en los conflictos bélicos para, fundamentalmente, tutelar a personas y bienes a los que afecta ese conflicto.

Es menester tomar además en cuenta el "derecho internacional de los *refugiados*" que protege los derechos de personas a las que se les reconoce la calidad de refugiados, con el mismo efecto que acabamos de señalar en el ámbito del derecho internacional humanitario.

Las obligaciones de las provincias

57. — Los tratados sobre derechos humanos que forman parte del derecho argentino *obligan a las provincias*, cualquiera sea su rango jerárquico. Ello surge claramente del art. 31 de la constitución. Además, hay tratados que expresamente prevén igual situación en una *cláusula federal* destinada a los estados que, siendo de estructura federal, se hacen parte en ellos (así, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

V. EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

El posible acrecimiento de los derechos del plexo federal

58. — No nos incumbe en esta obra abarcar en detalle al constitucionalismo provincial en cuanto al sistema de derechos. Solamente propondremos una breve cuestión en una pregunta y su respectiva respuesta: ¿pueden las provincias *ampliar* y *maximizar* el sistema de derechos que emana de la constitución federal?; ¿la constitución federal lo exige a las provincias como *mínimo* o como *techo máximo* insuperable?

Hay un punto indudable: las provincias están *obligadas* a dictar sus constituciones en conformidad con la constitución federal y, expresamente, con su *sistema de derechos*, según se desprende de los arts. 5º, 31, y 75 inc. 22. O sea que, aun si acaso una constitución provincial no contiene expresamente una declaración de derechos, le queda siempre trasplantada la que le impone la constitución federal.

El problema no radica en el mencionado supuesto de silencio normativo en las constituciones provinciales, sino —cualquiera sea el caso— en la viabilidad de que éstas lo tomen como un *piso* y, por ende, lo hagan susceptible de *acrecimiento.*

Nuestra respuesta personal es afirmativa: *las provincias pueden hacerlo.* Las razones mínimas que ahora ofrecemos son éstas:

a) Las *garantías* que dan cobertura a derechos admiten ser más amplias y mejores cuando se destinan a funcionar en los tribunales de provincia, porque estamos en el ámbito propio del derecho procesal que es de competencia provincial. Pueden las provincias, por ej., mejorar las acciones de amparo, habeas data, habeas corpus; el sistema de control constitucional, etc.;

b) Los *derechos* también son susceptibles de *incremento* (más derechos, o mayores contenidos en los mismos que surgen de la constitución federal) a condición de que:

b’) con ello no se altere el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias (lo que ocurre si en materias propias y exclusivas del congreso, como las de la legislación laboral y de seguridad social, las provincias exceden lo que tales leyes establecen como derecho del sujeto activo y como obligaciones recíprocas del sujeto pasivo);

b”) en el caso de derechos cuyo *sujeto pasivo es la provincia,* es ésta la que asume por decisión suya *obligaciones más gravosas* a su cargo para satisfacer con su cumplimiento *mejores contenidos* en los derechos emanados de la constitución federal, o *más derechos* respecto de los que la constitución federal exige al derecho provincial.

60. — Este muy sintético esbozo mínimo, así condicionado, desemboca en una sugerencia que personalmente nos complace. Así como ya hemos dicho que el sistema de derechos de un estado democrático necesita abastecerse de *dos fuentes* (la *interna* y la *internacional*), añadimos ahora que, dentro de la *fuente interna,* la constitución federal acoge como posible a la *fuente provincial* a efectos de mejorar el sistema de derechos.

El paisaje, en tal caso, sería éste:

a) fuente *internacional;*

b) fuente *interna,* desdoblada en: b’) *constitución federal* y derecho derivado de ella; b’’) *constituciones provinciales* y derecho derivado de ellas.

De este modo la unidad solidaria de las dos fuentes internas (federal y provincial) asume de alguna manera la misma *opción preferencial* que, en cada caso, hay que hacer entre la fuente inter-nacional y la interna en busca del resultado más favorable para la persona humana y el sistema de derechos.

61. — Puede servir de instrumento, a tono con la *concertación federal,* el régimen de *tratados interjurisdiccionales* —entre provincias, y entre éstas y el estado federal—.

62. — Conviene recordar que la *reforma de 1994* ha previsto *facultades concurrentes* entre el estado federal y las provincias en dos interesantes aspectos:

a) para los derechos de los *pueblos indígenas*, en el art. 75 inc. 17;

b) para los derechos referidos al *ambiente,* en el art. 41, estableciendo que corresponde al congreso dictar las normas con los presupuestos mínimos para su protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas.

VI. LOS DERECHOS Y LA LEGITIMACIÓN PROCESAL

La legitimación, problema constitucional

63. — Cuando se enfrenta a los derechos personales en la perspectiva constitucional y se acuerda *reconocerlos* y *tutelarlos*, hay dos cuestiones —como mínimo— que al derecho constitucional le tienen que preocupar mucho. Una es que existan *vías* o *procedimientos idóneos* para que esa tutela sea útil y eficaz. Otra es que el sujeto que pretende tutelar un derecho suyo mediante una de esas vías o de esos procedimientos, disponga de una “llave” para entrar al proceso: esa llave es la *legitimación.*

Hablamos, entonces, latamente, de *legitimación procesal.* No se la puede resolver de cualquier manera, ni recluirla en el ámbito del derecho procesal, porque la raíz se afinca en el derecho constitucional.

Determinar quién puede actuar en el proceso como parte actora (legitimación *activa*) y frente a quién puede actuar (legitimación *pasiva*) es una cuestión que, de alguna manera, exige ahondar en el derecho constitucional para averiguar varias cosas: entre ellas, la correspondencia del derecho que se hace valer con el sujeto que pretende hacerlo valer o, dicho en otros términos, la pertenencia o titularidad del derecho por parte de quien lo pretende en el proceso; también hay que ver si el sujeto ante quien se pretende hacer valer el derecho es el obligado a satisfacerlo con una prestación (de omisión, de dar, o de hacer), y si entre ambos sujetos existe una relación jurídica sustancial con el objeto del proceso.

Pero aquí no concluye la perspectiva: hay que encontrar la *llave* que habilite a formular la pretensión. Si la aptitud procesal para hacerlo (usar la llave) no es reconocida, o es denegada, seguramente quien titulariza un derecho no podrá reclamar judicialmente, porque el derecho procesal no lo investirá de *legitimación.* Y habrá entonces una defectuosidad, una anomalía. A lo mejor, una incons-titucionalidad.

La lección mínima, pero básica, que nos queda es ésta: *desconocer, negar, o estrangular la legitimación procesal, privando de llave de acceso al proceso a quien quiere y necesita formular pretensiones en él para hacer valer un derecho que cree titularizar es inconstitucional.*

64. — Preside estas reflexiones una idea de base: si se trata de la procura de una defensa idónea de los derechos que contiene la *constitución,* ahora se suma algo más; y ese algo más proviene del *derecho internacional de los derechos humanos.* Una vez que nuestro estado se ha hecho parte en tratados sobre derechos humanos, algunos con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22, ha ingresado a nuestro derecho interno una exigencia suplementaria. Es la de que los derechos, libertades y garantías que tales tratados reconocen, se hagan *efectivos* en nuestra jurisdicción interna y, por ende, cuenten doblemente con *vías idóneas de acceso a los tribunales* judiciales y con la indispensable *legitimación* de sus titulares para postular su defensa.

La legitimación para promover el control constitucional

65. — La holgura constitucional de la legitimación procesal va anexa a la primordial cuestión de reconocimiento y tutela de los derechos. De ello se desprende que similar y paralela holgura es imprescindible asimismo para otorgar *legitimación procesal* en orden a la articulación y propuesta de las *cuestiones constitucionales* o, lo que es lo mismo, en orden a la capacidad para *promover el control constitucional.* (Ver cap. V, nos 58/59).

El juez y la legitimación

66. — Hay situaciones en que, *sin ley o con ley,* la legitimación tiene que ser reconocida, porque se juega en su reconocimiento una cuestión constitucional que sólo el derecho constitucional debe tomar a su cargo. Pero agregamos más: hay casos en que, aunque la ley niegue legitimación a alguien, *el juez también tendrá que reconocérsela "contra ley",* porque si se la niega en mérito a que ésa es la solución que arbitra la ley, cumplirá la ley pero violará la constitución. Tal ocurre cuando es evidente que en un proceso determinado y con un objeto también determinado, alguien que ostenta derecho e interés en la cuestión no puede intervenir en el proceso, no puede plantear la cuestión, está privado del derecho a formular su pretensión y a obtener resolución judicial sobre ella, y tampoco puede promover el control constitucional.

La inconstitucionalidad que se tipifica en esos supuestos radica, en su última base, en la violación del *derecho a la jurisdicción* como derecho de acceder a un tribunal judicial, o derecho a la tutela judicial efectiva.

VII. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RAZONABILIDAD

La formulación y la finalidad del principio de legalidad

67. — Vinculado con el mismo propósito de seguridad que persigue el constitucionalismo moderno, se halla el *principio de legalidad.* Nuestra constitución lo formula expresamente en la parte del art. 19 donde consigna que *nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

Como todo el orden jurídico se basa en la *constitución,* que está por encima de la ley, la primera "ley" a tomar en cuenta es la cons-titución.

68. — El principio de legalidad responde al concepto de *despersonalización* o impersonalidad del poder, y al de *legitimidad racional.* No se trata de que el poder no sea ejercido por hombres —lo cual es inevitable— sino de que esos hombres que ejercen el poder lo hagan ajustándose al orden jurídico establecido en las normas legales. De ahí, entonces, surge el adagio de que *no gobiernan los hombres sino la ley.*

69. — La *finalidad* del principio de legalidad es afianzar la *seguridad individual* de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones

sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda. Este aspecto toma en cuenta, por eso, el valor *previsibilidad.*

70. — La cláusula que exige *"ley"* para mandar o para prohibir no debe tomarse con tal rigor formal que sólo reconozca como única fuente de las obligaciones aludidas en el art. 19 a la *"ley" del congreso.* Podemos ser obligados a hacer o a abstenernos por cualquier norma jurídica inferior a la ley que constitucionalmente se apoye en la ley o esté habilitada para la constitución o por la ley (así, las sentencias).

Tampoco ha de interpretarse esta parte del art. 19 como cohibiendo las *fuentes no estatales* (por ej., el contrato). Tales fuentes también tienen capacidad de engendrar obligaciones.

Asimismo, los *tratados internacionales* incorporados como tales al derecho interno pueden ser fuente de obligaciones de hacer o de omitir.

Ver cap. VII, nº 74.

71. — Se llama *"zona de reserva" de la ley* el ámbito donde la regulación de una materia es de competencia legislativa del con-greso.

72. — El principio de legalidad se complementa con el que enuncia que *todo lo que no está prohibido está permitido.* Aplicado a los hombres significa que, una vez que la ley ha regulado la conducta de los mismos con lo que les manda o les impide hacer, queda a favor de ellos una *esfera de libertad jurídica* en la que está permitido todo lo que no está prohibido.

El tránsito del principio de legalidad al de razonabilidad: la regla de la razonabilidad

73. — El principio de legalidad es, realmente, esencialmente *for-malista* en cuanto exige la "forma" normativa de la ley para mandar o prohibir. Pero nos preguntamos ¿basta que la ley mande o prohíba, para que sin más lo mandado o lo impedido sea *constitucional* ?

De ninguna manera: la constitución está pensando, cuando enuncia la fórmula del principio de legalidad, en una ley *constitucional.* No basta la formalidad de la ley: es menester que el *contenido* de esa ley responda a ciertas *pautas de valor* suficientes. Por eso es menester dar *contenido material de justicia* al principio formal de legalidad. Para ello, acudimos al valor *justicia,* que constitucionalmente se traduce en la regla o el *principio de razonabilidad.*

Con este relleno, el principio de legalidad rezaría de la siguiente manera: *nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley "justa"* (o razonable) *no manda, ni privado de lo que la ley "justa"* (o razonable) *no prohíbe.*

El *derecho judicial* se ha encargado de incorporar a nuestro derecho constitucional material este contenido que cubre la insuficiencia del principio formal de legalidad. La jurisprudencia nos muestra el ejercicio del *control de razonabilidad* de leyes y actos estatales, y los descalifica como *arbitrarios* cuando hieren las pautas de justicia ínsitas en la constitución. Los jueces verifican el *contenido* de la ley más allá de su forma, permitiéndose aseverar que el principio formal de legalidad cede al principio sustancial de razona-bilidad, y que si la ley no es razonable (o sea, es arbitraria) resulta inconstitucional.

74. — Lo opuesto a la razonabilidad es la *arbitrariedad.*

75. — El principio de razonabilidad no se limita a exigir que sólo la *ley* sea razonable. Es mucho más amplio. De modo general pode-mos decir que cada vez que la constitución depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consi-guiente tenga un contenido *razonable.* El *congreso* cuando legisla, el *poder ejecutivo* cuando administra, los *jueces* cuando dictan sen-tencia, deben hacerlo en forma *razonable:* el contenido de los actos debe ser razonable.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha construido toda una fecunda doctrina sobre la *arbitrariedad de las sentencias,* exigiendo que éstas, para ser válidas en cuanto actos jurisdiccionales, sean razonables.

También los actos de los particulares deben satisfacer un conte-nido razonable.

76. — El sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hacen posible vivenciar en cada caso la razonabilidad, y su opuesto, la arbitra-riedad. La *constitución* formal suministra criterios, principios y valoraciones que, integrando su ideología, permiten componer y descubrir en cada caso la regla de razonabilidad.

Para ello es útil acudir a la noción de que en cada derecho hay un reducto que configura, como mínimo, su *núcleo esencial,* y que este núcleo no tolera ser suprimido, alterado o frustrado porque, de ocurrir algo de esto, se incurre en irrazonabilidad, arbitrariedad e inconstitucionalidad.

La formulación y finalidad del principio

77. — La regla de razonabilidad está condensada en nuestra constitución en el art. 28, donde se dice que *los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.* La "alteración" supone arbitrariedad o irrazonabilidad.

La irrazonabilidad es, entonces una regla sustancial, a la que también se la ha denominado el "principio o garantía del *debido proceso sustantivo* ".

El principio de razonabilidad tiene como *finalidad* preservar el valor *justicia* en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares.

78. — Fundamentalmente, la razonabilidad exige que el "medio" escogido para alcanzar un "fin" válido guarde *proporción* y aptitud suficientes con ese fin: o que haya "razón" valedera para fundar tal o cual acto de poder.

El derecho judicial emanado de la Corte Suprema en materia de control judicial de la razonabilidad, se limita a verificar si el "medio" elegido para tal o cual "fin" es razonablemente proporcionado y conducente para alcanzar ese fin; pero no entra a analizar si ese "medio" elegido pudo o puede ser reemplazado por otro que, igualmente conducente y proporcionado al mismo "fin", resulte menos gravoso para el derecho o la libertad que se limitan.

La Corte no efectúa esa comparación entre diversos medios posibles, porque estima que pertenece al exclusivo criterio de los órganos políticos (congreso y poder ejecutivo) seleccionar el que a su juicio le parezca mejor o más conveniente. Basta que el escogido guarde razonabilidad suficiente en relación al fin bus-cado.

Nosotros creemos que el control judicial de la razonabilidad debe analizar si entre diversos medios igualmente posibles para alcanzar un fin, se optó por el más o menos restrictivo para los derechos individuales afectados; y que, realizada esa confrontación, debe considerar *irrazonable* la selección de un medio más severo en lugar de otro más benigno que también sería conducente al fin perseguido.

O sea que para dar por satisfecha la razonabilidad hacen falta dos cosas: a) proporción en el medio elegido para promover un fin válido; b) que no haya una alternativa menos restrictiva para el derecho que se limita.

CAPÍTULO X

LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD JURÍDICAS

I. LA LIBERTAD COMO DERECHO DE LA PERSONA HUMANA. - Los contenidos de la libertad jurídica. - La libertad física. - La libertad de intimidad. - El sentido personalista de la intimidad. *Ejemplos de conductas autorreferentes resguardadas en la intimidad.* - Las proyecciones de la libertad de intimidad. *La intimidad de los menores.* - La "juridicidad" de la intimidad. - Los tratados internacionales. - El derecho a la identidad personal. *El derecho a la diferencia.* - El habeas data. II. LA IGUALDAD JURÍDICA. - Su concepto. *La reforma de 1994.* - El derecho judicial en materia de igualdad. - La discriminación. *La discriminación "inversa".* - La igualdad ante la ley: su insuficiencia. La plenitud de igualdad jurídica. *El problema de la violación de la igualdad por la jurisprudencia contradictoria. La variación temporal en la interpretación y aplicación judiciales de la ley penal.* - La igualdad en las relaciones privadas. - La igualdad en la admisión en los empleos. -
La igualdad en los impuestos y las cargas públicas.

I. LA LIBERTAD COMO DERECHO DE LA PERSONA HUMANA

1. — Cuando la constitución en su parte dogmática se propone asegurar y proteger los derechos individuales, merece la denominación de *derecho consti-tucional "de la libertad".* Tan importante resulta la postura que el estado adopta acerca de la libertad, que la democracia, o forma de estado democrática, consis-te, fundamentalmente, en el reconocimiento de esa libertad.

Podemos adelantar, entonces, que el deber ser ideal del valor justicia en el estado democrático exige adjudicar al hombre un suficiente espacio de libertad *jurídicamente relevante* y dotarlo de una esfera de libertad tan amplia como sea necesaria para desarrollar su personalidad. Es el principio elemental del *humanismo* personalista.

Con el ejercicio de esa libertad jurídica, lo que yo hago u omito bajo su protección es capaz de producir efectos jurídicos, o sea, efectos que el derecho recoge en su ámbito.

Los contenidos de la libertad jurídica

2. — Tal libertad comporta diversos aspectos:

a) Un *status personal* que depare al hombre la calidad de *persona jurídica con capacidad de derecho,* cuya negación absoluta es la esclavitud y la incapacidad total de derecho.

El art. 15 de la constitución, al abolir la esclavitud, mantiene virtualidad presente para afianzar este principio, porque si no pue-de haber esclavitud, todo hombre es persona jurídica.

El *Pacto de San José de Costa Rica* (arts. 1º y 3º) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 16), por su parte, prescriben que todo ser humano (persona) tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

b) Un *poder de disposición* que, en uso de la libertad, sea susceptible de producir *efectos jurídicamente relevantes.*

c) Un *área de intimidad* donde la libertad inofensiva o neutra para terceros, quede inmunizada y sustraída a toda interferencia arbitraria del estado.

Es la fórmula constitucional de nuestro art. 19: *las acciones privadas de los hombres que no ofendan al orden, a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.*

d) Un principio básico a favor del *hombre,* en el sentido de que *todo lo que no está prohibido está permitido.*

Si fuera necesario que cada conducta humana tuviera que estar autorizada, la nómina de permisiones se elevaría hasta el infinito, y siempre dejaría lagunas. Hay que partir, por eso, desde una base de libertad jurídica, que demarca como zona permitida (libre) toda el área de conductas no prohibidas.

Este principio se deduce de nuestra constitución del mismo art. 19 en la parte que consagra el principio de legalidad, porque si nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no impide, es porque “lo no prohibido está permitido”.

3. — El área de intimidad y la zona de permisión *no son extraju-rídicas ni ajurídicas,* porque desde que el derecho las protege quiere decir que son espacios jurídicamente relevantes, “dentro”, y no fue-ra, del mundo jurídico, en los que el hombre se mueve dentro de un ámbito de *licitud* (ver nº 20).

4. — La libertad como pauta genérica aparece en el preámbulo de la constitución, que propone como uno de los contenidos del fin del estado, *asegurar los beneficios de la libertad.* Por ende, en nuestra constitución la libertad merece tenerse como un *valor* y como un *principio general:* el *valor* libertad y el *principio* de libertad.

5. — El *Pacto de San José de Costa Rica* explaya diversos aspectos del derecho a la libertad, abarcando supuestos como el de detención, privación de libertad (arts. 5º y 7º), y prohibición de la esclavitud, la servidumbre, y los trabajos forzosos y obligatorios (art. 6º). En paralelo, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (arts. 9º, 10 y 8º).

No hay que descuidar las normas equivalentes de la *Convención sobre Derechos del Niño* (arts. 37 b, y 40), y todas las que se incluyen en otros tratados de jerarquía constitucional, como la convención sobre la tortura.

La libertad física

6. — La *libertad corporal* o *física* es el derecho a no ser arrestado sin causa justa y sin forma legal. Apareja, asimismo, la *libertad de locomoción.* En otro sentido, descarta padecer cierto tipo de retenciones corporales forzosas, o realizar prestaciones forzosas valoradas como injustas: por ej.: los trabajos forzados, o sufrir restricciones ilegítimas.

Aun quienes padecen privación legítima de su libertad, tienen derecho a que *no se agrave* su situación con restricciones ilegítimas.

La libertad de locomoción se vincula también con la *libertad de circulación.*

Nuestra constitución protege estos contenidos cuando en el art. 18 establece que nadie puede ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente; cuando en el art. 14 consagra el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio; y cuando en el art. 17 dispone que ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley.

La *garantía* que protege la libertad corporal o física es el *habeas corpus.*

7. — Para las normas de los *tratados de derechos humanos* con jerarquía constitucional, remitimos al nº 5.

La *libertad de circular* cuenta con previsiones en el *Pacto de San José de Costa Rica* (art. 22), en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 12), en la *convención sobre Discriminación de la Mujer* (art. 15.4), en la *convención sobre Discriminación Racial* (art. 5º) y en la *convención sobre Derechos del Niño* (art. 10).

La libertad de intimidad

8. — La libertad de intimidad presupone la tutela jurídica de la *vida privada,* o lo que los ingleses llaman "right of privacy".

La fórmula constitucional viene dada por el art. 19, que deja reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a terceros.

El art. 1071 bis del código civil, por la protección que depara a la intimidad o privacidad, puede tenerse como una reglamentación de la norma constitucional citada.

Con encuadre en el art. 19, estamos acostumbrados personalmente a tener como sinónimos el derecho a la "intimidad" y el derecho a la "privacidad"; la intimidad sería la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de terceros, y la privacidad sería la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañan a otros) por más que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos. Se trata siempre de una *zona de reserva personal,* propia de la autonomía del ser humano.

9. — No se ha de creer, por eso, que en la intimidad se aloje y proteja únicamente a las acciones que de ninguna manera se exteriorizan al público. El derecho judicial de la Corte anterior a 1984 pudo inducir a ese error cuando se refirió a las conductas que permanecen en la "interioridad" del hombre. Y no es así. Conductas y situaciones que pueden ser advertidas por terceros y ser conocidas públicamente admiten refugiarse en la intimidad cuando hacen esencialmente a la vida privada: tales, por ej., las que se refieren al modo de vestir, de usar el cabello, a asistir a un templo o a un lugar determinado.

10. — En el caso "Ponzetti de Balbín", fallado el 11 de diciembre de 1984, la Corte, mejoró y aclaró su doctrina. Veamos el siguiente párrafo: "en relación directa con la libertad individual protege (el derecho a la privacidad e intimidad) un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen".

11. — Es muy importante destacar que la intimidad resguardada en el art. 19 frente al estado, goza de igual inmunidad frente a los demás *particulares.* Así la valoró e interpretó la Corte en el citado caso "Ponzetti de Balbín", del 11 de diciembre de 1984.

El sentido personalista de la intimidad

12. — La intimidad o la privacidad incluyen en su ámbito a las *conductas autorreferentes,* es decir, las que sólo se refieren y atañen al propio sujeto autor, sin proyección o incidencias dañinas de modo directo para terceros.

Ejemplos de conductas autorreferentes resguardadas en la

intimidad

13. — A título enunciativo citamos las siguientes:

a) La elección del plan personal de vida autorreferente, y su realización;

b) la objeción de conciencia por razones morales o religiosas, cuando es inofensiva para terceros.

En el caso "Portillo, Alfredo", del 18 de abril de 1989, la Corte Suprema admitió —por mayoría— la objeción de conciencia en el cumplimiento del deber militar que impone el art. 21 de la constitución, pero sólo parcialmente, en cuanto no eximió del servicio militar a un objetor pero dispuso que lo efectuara sin el empleo de armas;

c) la preservación de la propia imagen frente a terceros;

d) el control y la disposición de los datos personales, incluso para impedir su difusión innecesaria;

e) el derecho a la identidad personal;

f) el derecho a ser "diferente";

g) el consentimiento para la ablación de órganos del propio cuerpo con destino a trasplantes a favor de terceras personas, determinadas o indeterminadas, cuya autorización legal debería admitirse aunque entre donante y receptor no mediara relación parental;

h) la negativa de las personas con discernimiento para someterse a terapias contras las cuales formulan objeción de conciencia (por ej., los Testigos de Jehová respecto de las transfusiones de sangre), o a intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos que se rechazan por diversidad de razones personales; ello siempre que con esa negativa no se comprometa la salud de terceros o la salud pública;

i) la elección del tipo de medicina, terapia y medicación (que se viola si —por ej.— se prohíbe legalmente la homeopatía, la acupuntura o las medicinas no tradicionales).

Las proyecciones de la libertad de intimidad

14. — a) La libertad de intimidad se vincula asimismo con ciertos aspectos de la *libertad religiosa* que hacen al fuero íntimo del hombre. Fundamentalmente, se trata del contenido de la libertad religiosa conocido con el nombre de libertad de *conciencia.*

Ya hemos dado también por incluida en la intimidad a la *objeción de conciencia.*

b) En otra faceta, puede relacionársela con el *derecho "al silencio"* y *"al secreto"*. El derecho al silencio es la faz negativa del derecho a la libre expresión, y al igual que el derecho al secreto, implica la facultad de reservarse ideas, sentimientos, conocimientos y acciones que el sujeto no desea voluntariamente dar a publicidad, o revelar a terceros, o cumplir.

c) El derecho a la intimidad o privacidad aloja sin dificultad a la relación confidencial entre *un profesional* y *su cliente* (secreto profesional), que debe ser protegida también y además como una manifestación del derecho al silencio o secreto dentro de la libertad de expresión (en su faz negativa de derecho a no expresarse).

El secreto de los *periodistas* e informadores o comunicadores sociales les impide revelar tanto las fuentes de las cuales han obtenido la información, como la identidad de quien se las ha suministrado. Protege, por ende, las grabaciones, cintas, escritos y toda otra constancia de datos, con la finalidad de amparar al informante, asegurarle el mayor ámbito de libertad en el ejercicio de su actividad, y mantener la confianza pública de las gentes en la confidencialidad de cuanto le transmite a los periodistas.

El art. 43, al prever la garantía del habeas data, resguarda el secreto de las fuentes de información en una norma que se debe interpretar ampliamente en todos los demás casos a favor del secreto periodístico.

d) Existe un derecho al *secreto fiscal;* con esto queremos decir que si bien el fisco puede revelar públicamente quiénes incumplen sus obligaciones tributarias, no puede en cambio dar a publicidad la identidad de quienes, cumpliéndolas, sufren afectación en su privacidad por la difusión informativa de su patrimonio, o de sus ganancias, o de los montos oblados.

15. — La *libertad de intimidad* se proyecta a la *inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados.* Así lo consigna el art. 18 de la constitución, prescribiendo que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos puede procederse a su allanamiento y ocupación.

a) El *domicilio* protegido constitucionalmente tiene un alcance más amplio que el domicilio regulado por el código civil. Coincide más bien con el concepto que utiliza el derecho penal, abarcando toda morada destinada a la habitación y desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada, ya sea cerrada o abierta parcialmente, móvil o inmóvil, de uso permanente o transitorio. Queda protegido así el recinto o la vivienda del hombre en un sentido muy amplio: vehículo que sirve de morada, habitación en un hotel, camarote de un barco o ferrocarril, escritorio profesional, etc., sea en su parte principal o en sus accesorias.

La inviolabilidad del domicilio impide, como principio, el allanamiento por parte de funcionarios estatales sin orden judicial, salvo situaciones excepcionales y de extrema urgencia. Frente a los particulares, implica el derecho a impedir el acceso y la permanencia contra la voluntad del titular.

La norma del art. 18 en la parte comentada es directamente *operativa*, y no vale decir que el domicilio carezca de inviolabilidad mientras no se dicte la ley reglamentaria a que la cláusula se refiere.

El derecho judicial de la Corte tiene dicho que, como principio general, *la única autoridad competente para allanar domicilio es la judicial.*

Resulta de suma importancia destacar que las *pruebas* que se obtienen mediante allanamiento ilegal del domicilio no pueden hacerse valer en juicio, ni siquiera si de ese modo se descubre el cuerpo de un delito.

b) La *correspondencia epistolar* y *los papeles privados* también han recibido expresamente la garantía de inviolabilidad en el mismo art. 18.

Cartas misivas, legajos, fichas e historias clínicas de clientes o enfermos que reservan los profesionales, libros de comercio, etc., quedan amparados en el secreto de los papeles privados.

Con la técnica moderna consideramos que la libertad de intimidad se extiende a otros ámbitos: comunicaciones que por cualquier medio no están destinadas a terceros, sea por teléfono, por radiotelegrafía, por fax, etc. Este último aspecto atañe simultáneamente a la libertad de expresión: la expresión que se transmite en uso de la libertad de intimidad no puede ser interferida o capturada arbitrariamente. La captación indebida tampoco puede, por ende, servir de medio probatorio.

16. — Sería extenso enumerar otros contenidos que quedan amparados en la intimidad, y sobre los cuales sólo puede avanzar una ley suficientemente razonable con un fin concreto de verdadero interés. Así, el secreto financiero y bancario, el propio retrato o la imagen, etc.

17. — Los medios que sin el consentimiento de la persona interesada tienden a extraer de su intimidad informaciones, secretos, declaraciones —por ej.: el narcoanálisis y las drogas de la verdad— son allanamientos injustos de su fuero íntimo, que no pueden emplearse ni siquiera en un proceso judicial con miras al descubrimiento de un delito.

Las formas más torpes de coacción, como los castigos corporales o las presiones sicológicas y morales de cualquier tipo que tienden a debilitar o anular la voluntad para obtener la confesión, revelación o declaración de cualquier dato padecen de similar inconstitucionalidad. La garantía del debido proceso, que nuestra constitución contiene y asegura, da pie para avalar dicho criterio de inconstitucionalidad, en correlación con el derecho a la intimidad.

18. — Hay conductas que, aunque se deciden por más de una persona (en común con otra) y aunque por ende no pertenecen a una sola, se resguardan en la intimidad, como la decisión de una pareja para procrear o no, para elegir el método procreativo, para decidir el número de hijos y el modo de su regula-ción, etc.

De modo análogo, la elección que hacen ambos padres por un modelo educativo para sus hijos sin discernimiento suficiente.

La intimidad de los menores

19. — El derecho a la intimidad alcanza también a los menores de edad. Si bien es verdad que hay que conjugarlo con los derechos que emergen de la patria potestad, hemos de admitir que cuando el menor alcanza la edad del discernimiento debe quedar en disponibilidad para ejercer derechos que hacen a su intimidad.

Esta coordinación entre derechos de los padres y derecho a la intimidad de sus hijos, parece desprenderse suficientemente de la *Convención sobre Derechos del Niño,* que tiene jerarquía constitucional, y que obliga a la vez a respetar los derechos paternos para impartir dirección al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades, y que reconoce el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (todo ello en el art. 14) así como el de no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16).

La “juridicidad” de la intimidad

20. — A veces se ha pretendido que la zona de privacidad que el art. 19 preserva es un ámbito "extrajurídico" o "ajurídico", que quedaría fuera o al margen del derecho. Y no es así. El área de intimidad, como parte del derecho de libertad, es *jurídica,* y cada vez que el poder judicial le depara tutela está demostrando que lo que en esa área se preserva es un *bien jurídico amparado por el derecho* (ver nº 3).

Los tratados internacionales

21. — La libertad de intimidad se halla enfocada en el *Pacto de San José de Costa Rica* y en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* cuando disponen que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (arts. 11 y 17, respectivamente).

Similar norma contiene el art. 16 de la *Convención sobre los Derechos del Niño,* que también obliga al estado a respetar y preservar la identidad de los menores en el art. 8º.

El derecho a la identidad personal

22. — Es reciente la elaboración del derecho que se da en denominar a la "identidad personal". La doctrina y la jurisprudencia italianas pueden considerarse vanguardistas.

Aspectos de la identidad que podríamos llamar *estática* —como el nombre, la filiación, el estado de familia, la nacionalidad— ya venían suficientemente acogidos, hasta dentro del plexo de los derechos personalísimos. Faltaba extender la identidad a su *proyección dinámica, social, existencial,* como verdad biográfica de cada persona, que vive su vida a través de un proceso de autocreación.

a) El derecho a la identidad en orden hacia la *propia persona,* hacia su modo personal de vivir "su" vida, hacia su "mismidad" y su verdad personal, ofrece un ámbito muy ligado —si es que no resulta lo mismo— al derecho a la intimidad.

Bien puede hablarse por eso del derecho frente a los otros de "ser uno mismo" conforme a la propia opción.

b) Este "ser uno mismo" y tener "su identidad" en la vida biográfica y en su dinamismo existencial se externaliza en una *imagen social.* Estamos ante el segundo aspecto del derecho a la identidad personal, en cuanto cada persona tiene derecho a presentarse en la convivencia societaria como "el que es", en la ya referida "mismidad" auténtica, y a que así se la reconozca, se la respete y se la tolere.

Se comprende que en esta vertiente no aludimos a los rasgos físicos, biológicos o estáticos de la persona identificada, sino a una multiplicidad de caracteres dinámicos y manifestaciones concretas que componen un bagaje o patrimonio inmaterial: lo somático, lo espiritual, lo ideológico, lo profesional, lo religioso de cada uno. Con este acervo cada sujeto se distingue de cualquier otro ser humano: es una *unidad* irrepetible y única, *diferente* a todo otro prójimo; es lo que lo individualiza y especifica como "el que es", en su "yo" y en su "mismidad".

Por eso corresponde hablar de la *imagen* que la identidad personal proyecta, traslada y exhibe hacia afuera, ante los otros.

El derecho a la diferencia

23. — El derecho a la identidad se correlaciona con el *derecho "a la diferencia",* o a "ser diferente". El derecho a la *igualdad* —que después explicamos— exige que a cada ser humano se le respete y preserve lo que hay en él de diferente respecto a los demás, porque de ese modo se le resguarda a la vez su identidad, es decir, lo que en su "mismidad" hay de distinto —y no de igual— con los otros.

El derecho a la identidad y el derecho a la diferencia encuentra una clara expresión en el inc. 17 del art. 75 en todo cuanto se refiere a los *pueblos indígenas argentinos.*

Los *tratados internacionales de derechos humanos* que contienen normas sobre las *minorías* contemplan, a su manera, el derecho a la identidad y el respeto a las diferencias. Así, el *Pacto*

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 27) y la *Convención sobre Derechos del Niño* (arts. 30, 17 d, 20.3 y 29 c).

Las convenciones sobre *discriminación racial,* sobre *genocidio,* y sobre la *tortura* también encaran el derecho a la identidad y a la diferencia cuando obligan a prevenir y erradicar conductas lesivas, tanto como al prohibirlas. Lo mismo cabría afirmar de la *convención sobre discriminación de la Mujer*, que al igualarla en sus derechos con el varón, toma en cuenta las diferencias razonables entre los sexos.

El habeas data

24. — La acción de habeas data, que por el art. 43 de la constitu-ción se encarrila a través de la acción de amparo, protege aspectos fundamentales de la intimidad, la privacidad y la identidad personales, en relación con la llamada *libertad informática* y los *registros o bancos de datos.*

La estudiaremos al tratar las garantías.

II. LA IGUALDAD JURÍDICA

Su concepto

25. — Del derecho a la libertad se desprende la *igualdad.* Si a todo hombre debe reconocérsele aquel derecho con los contenidos fundamentales a que hemos aludido, todos los hombres participan de una *igualdad* elemental de status en cuanto *personas jurídicas.* Tal es el concepto básico de la llamada *igualdad civil*, consistente en eliminar *discriminaciones arbitrarias* entre las personas. La igualdad importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres.

La igualdad no significa igualitarismo. Hay diferencias justas que deben tomarse en cuenta, para no incurrir en el trato igual de los desiguales.

El *derecho a la identidad* y el *derecho a ser diferente* obligan, desde la igualdad, a tomar en cuenta lo que en cada ser humano y en cada grupo social hay de diferente con los demás, al modo como —por ej.— lo hace el art. 75 inc. 17 (ver nº 23).

Lo mismo que la libertad, la igualdad merece verse como un *principio general* y un *valor* en nuestra constitución: el *principio* de igualdad y el *valor* igualdad.

Conviene advertir que la igualdad elemental que consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos requiere, imprescindiblemente, algunos presupuestos de base:

a) que el estado *remueva los obstáculos* de tipo social, cultural, político, social y económico, que limitan “de hecho” la libertad y la igualdad de todos los hombres;

b) que mediante esa remoción exista un orden social y económico justo, y se *igualen las posibilidades* de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad;

c) que a consecuencia de ello, *se promueva* el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones por parte de todos los hombres y sectores sociales.

26. — La constitución argentina consagra en su art. 16 la *igualdad “ante la ley”.*

El primer aspecto de la igualdad queda satisfecho con el reconocimiento implícito de la *libertad jurídica* a todos los hombres, y con la abolición expresa de la esclavitud.

A renglón seguido, debemos recordar que la igualdad civil se traduce en el reconocimiento uniforme de los *derechos civiles* a to-dos los habitantes (art. 14), incluyendo también a los extranjeros (art. 20).

Como aspecto secundario, el mismo art. 16 suprime las *prerrogativas de sangre o de nacimiento,* los *títulos de nobleza* y los *fueros personales.*

La misma norma declara que todos los habitantes son admisibles en los *empleos* sin otra condición que la idoneidad, y que la igualdad es la base del *impuesto* y de las *cargas públicas.*

27. — Existiendo en la constitución cláusulas explícitas sobre la igualdad, bien podemos afirmar que el contenido extensivo de la igualdad constitucional puede y debe acrecer a tenor de *nuevas valoraciones sociales,* con el efecto de engendrar *inconstitucionalidad sobreviniente* para discriminaciones que, a su hora, pudieron no ser o no fueron inconstitucionales.

En cuanto a la igualdad de los *extranjeros,* ya la misma constitución la consagró en orden a los derechos civiles en su art. 20. No así en cuanto a los *derechos políticos,* pero progresivamente ha de llegarse a ella. Por ahora nos conformamos con afirmar que, aun no siendo inconstitucional negar los derechos políticos a los extranjeros, sería viable y deseable que la ley los reconociera.

La reforma de 1994

28. — La reforma constitucional de 1994 ha avanzado en las formulaciones de la igualdad, superando la mera igualdad formal con claros sesgos de constitucionalismo social, y completando las normas de la constitución histórica.

Así:

a) el inc. 23 del art. 75 adjudica al congreso la competencia (para nosotros de ejercicio obligatorio) de *legislar y promover medidas de acción positiva* que garanticen *la igualdad real de oportunidades y de trato;*

b) la misma norma añade que esa legislación y esa promoción mediante acciones positivas se debe enderezar *al pleno goce y ejer-cicio de los derechos* reconocidos por la constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos;

c) luego añade que todo lo enunciado en los incisos a) y b) ha de particularizarse respecto de *los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados;*

d) el inc. 17 del art. 75 sobre los *pueblos indígenas argentinos* trae una formulación que hace evidente el reconocimiento de su identidad y su diferencia como expresión de una relación con el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades;

e) el inc. 19 del art. 75 obliga a que las leyes de organización y base de la *educación* aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna;

f) el inc. 22 del art. 75 está dedicado a los *tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional,* entre los cuales abundan las cláusulas sobre la igualdad, las minorías y la no discriminación;

g) muchos de estos tratados obligan a hacer efectivos los derechos que reconocen, *prohibiendo discriminaciones arbitrarias;*

h) el art. 37, al referirse a los *derechos políticos,* consagra la igualdad real de oportunidades entre *varones y mujeres* para acceder a cargos electivos y partidarios;

i) el mismo artículo añade que esa igualdad se ha de garantizar por *acciones positivas* en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral;

j) la disposición transitoria primera reconoce el *respeto al modo de vida* de los habitantes de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur;

k) la disposición transitoria segunda aclara que las acciones positivas del art. 37 no serán inferiores a las vigentes al sancionarse la constitución reformada.

29. — Toda esta red elocuente de principios, valores, derechos y obligaciones constitucionales demuestra el sentido actual del derecho a la igualdad jurídica real y efectiva, asumiendo que:

a) las *acciones positivas* significan *prestaciones de dar y de hacer* en favor de la igualdad;

b) el verbo *promover* (en el inc. 23 del art. 75) implica adoptar y ejecutar *políticas activas* que den impulso al acceso a la igualdad real y efectiva;

c) para tales logros, se admite sin duda la llamada *discriminación inversa* (incisos 17, 19 y 23 del art. 75, y art. 37);

d) se reconoce claramente el *derecho a la identidad, a la diferencia y al pluralismo* en diversos ámbitos: d’) para los *pueblos indígenas* (inc. 17 del art. 75); d’’) en las *políticas diferenciadas* que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de *provincias y regiones* (inc. 19 segundo párrafo); d’’’) en materia *cultural* (inc. 19 cuarto párrafo); d’’’’) en protección de

niños, mujeres, ancianos y discapacitados (inc. 23 primer párrafo); d’’’’’) para dictar un *régimen de seguridad social* especial e integral para el *niño* en situación de desamparo, desde el embarazo hasta el fin del período de enseñanza elemental, y para la *madre* durante el embarazo y el tiempo de lactancia (inc. 23 segundo párrafo);

e) en *materia impositiva,* también el art. 75 inc. 2º incluye entre las pautas que deben presidir la coparticipación federal, la prioridad de la igualdad de oportunidades en todo el territorio del estado;

f) para los *tratados de integración* en organizaciones supraesta-tales el inc. 24 del art.75 prescribe que la transferencia de competencias y jurisdicción a las mismas debe hacerse en condiciones de reciprocidad e igualdad;

g) a su modo, el art. 38 sobre los *partidos políticos* exhibe una manifestación del pluralismo democrático y del derecho de las minorías a estar representadas.

El derecho judicial en materia de igualdad

30. — El *derecho judicial* ha pormenorizado, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema, los alcances de la igualdad. Un extracto de sus principios arroja el siguiente repertorio:

a) la igualdad exige que *se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones;*

b) por eso, implica el derecho a que *no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias;*

c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, *evitando distinciones arbitrarias u hostiles;*

d) la *razonabilidad* es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador *puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea “razonable”;*

c) *las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc.*

31. — Nuestro derecho judicial considera que no corresponde a los jueces juzgar del acierto o conveniencia de la discriminación en su modo o en su medida, pero en cambio les incumbe verificar si el *criterio* de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad proporciona el cartabón para decidir si una desigualdad viola o no la constitución.

a) Es interesante en materia de igualdad reseñar el caso “E., F.E.” resuelto por la Corte el 9 de junio de 1987, en el que abierto el juicio sucesorio del causante fallecido después de incorporado al derecho argentino el Pacto de San José de Costa Rica, pero antes de que nuestra ley interna 23.264 cumpliera el deber por él impuesto a nuestro estado de equiparar las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales, el tribunal sostuvo que el art. 17 de dicho Pacto resulta programático y no igualó automática ni directamente ambas filiaciones, por lo que remitiéndose a la anterior legislación argentina (ley 14.367) vigente al morir el padre, afirmó que no se violaba la igualdad por el hecho de que una discriminación acorde con la pauta jurisdiccional de razonabilidad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales a los efectos sucesorios colocara a los segundos en situación hereditaria distinta frente a los primeros;

b) en aplicación de la igualdad constitucional de derechos civiles entre extranjeros y nacionales, la Corte Suprema declaró inconstitucional la normativa que en la provincia de Buenos Aires exigía la nacionalidad argentina para el ejercicio de la docencia en establecimientos privados (caso “Repetto, Inés M.”, del 8 de noviembre de 1988).

c) en 1966 la Corte hizo lugar en el caso “Glaser” a la excepción de servicio militar impetrada por un seminarista judío, extendiéndole el beneficio acordado a los seminaristas católicos. Interpretamos el criterio del caso como un modo de no discriminación por causa de la religión, y como una igualación razonable de situaciones semejantes.

32. — A mero título enunciativo, recordamos que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, *la igualdad no queda violada:* a) por la existencia de fallos contradictorios dictados por tribunales distintos con relación a situaciones jurídicas similares en aplicación de las mismas normas legales; b) por la variación de la jurisprudencia en el tiempo; c) por la existencia de regímenes procesales diferentes en el orden federal y en el provincial; d) porque la ley permita la excarcelación para unos delitos y la niegue para otros; e) por la existencia de fueros reales o de causa; f) por la existencia de regímenes jubila-torios diferenciales según la índole de la actividad que cada uno comprende; g) por la existencia de diferentes regímenes laborales según la índole de la actividad; h) por la variación del régimen impositivo en el tiempo; i) por la exis-tencia de regímenes legales diferentes en materia de trabajo según las características distintas de cada provincia, etcétera.

33. — Es constante el derecho judicial de la Corte en decir también que: a) la desigualdad inconstitucional debe resultar del texto mismo de la norma; b) que por eso, no es impugnable la desigualdad que deriva de la interpretación que de ella hagan los jueces al aplicarla según las circunstancias de cada caso.

34. — Es muy importante advertir que, también en el derecho judicial emanado de la Corte Suprema, funcionan dos principios básicos acerca de la igualdad: a) sólo puede alegar la inconstitucionalidad de una norma a la que se reputa desigualitaria, aquél que padece la supuesta desigualdad; b) la garantía de la igualdad está dada a favor de los hombres contra el estado, y no viceversa.

La discriminación

35. — Las discriminaciones *arbitrarias* configuran una negación de la igualdad. Si siempre estuvieron implícitamente prohibidas, ahora nuestro derecho constitucional lo ha hecho explícito. Para afirmarlo, encontramos que:

a) *tratados de derechos con jerarquía constitucional* conforme al art. 75 inc. 22 obligan a dar efectividad a los derechos que reconocen, en favor de todas las personas; y de inmediato estipulan *cuáles discriminaciones quedan impedidas* (motivos de raza, nacimiento, sexo, religión, color, idioma, nacionalidad, origen social, opiniones, condición social, etc.);

a’) ello abarca tanto a los *derechos civiles,* como a los *políticos* y a los *sociales* (los derechos políticos no se reconocen al extranjero no naturalizado, sino al ciudadano, pero prohíben discriminaciones arbitrarias entre los ciudadanos);

b) algunos de estos tratados dirigen específicamente sus normas contra determinada clase de discriminación (por ejemplo, *racial,* o por *sexo* en desmedro de la mujer);

c) otros contienen *normas penales* (por ejemplo, sobre genocidio, y sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) que resultan aplicables en muchos casos en favor de personas o grupos arbitrariamente discriminados;

d) la *constitución reformada de 1994*, al incorporar numerosas disposiciones sobre la igualdad real de oportunidades, sobre la obligación de promoverla, sobre la adopción de medidas de acción positiva, etc., ha venido a anatematizar discriminaciones, y a tutelar en pro de la igualdad tanto el pluralismo como el derecho a la iden-tidad y a las diferencias (ver n$^{os.}$ 28 y 29).

La discriminación “inversa”

36. — Algo que aparentemente puede presentarse como lesivo de la igualdad y, muy lejos de ello, es o puede ser un tramo razonable para alcanzarla, es la llamada *discriminación “inversa”*. En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de la razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa “discriminación” se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. Se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido relegamiento.

Un ejemplo reciente está dado por la ley que fijó el cupo o porcentaje mínimo de mujeres que los partidos deben incluir en las listas de candidatos a cargos que, en el orden federal, se disciernen por elección popular. La reforma de 1994 la constitucionalizó en el art. 37 y en la disposición transitoria segunda.

Pueden citarse, además, como previsoras de la discriminación inversa para darle posible cabida, las normas que aluden a medidas de *acción positiva* en el art. 75 inc. 23, y a los *pueblos indígenas* en el inc. 17.

37. — La llamada *ley antidiscriminatoria nº 23.592, de 1988,* contiene disposiciones que sancionan civil y penalmente las conductas discriminatorias arbitrarias que impidan, obstruyan, o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la constitución.

Se reputan especialmente como actos u omisiones discriminatorios los basados en motivos tales como *raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social, o caracteres físicos.*

La igualdad ante la ley: su insuficiencia - La plenitud de igualdad jurídica

38. — La constitución habla en su art. 16 de *igualdad "ante la ley"*. La norma hace recaer en el *legislador* una prohibición: la de tratar a los hombres de modo desigual. O sea que cuando el estado *legisla* no puede violar en la ley la igualdad civil de los habitantes. Además, el texto reformado en 1994 agrega al deber de no violarla, el de promoverla en numerosos ámbitos (ver n^os^ 28 y 29).

Pero si estancamos aquí el sentido de la igualdad, pecamos por insuficiencia; por eso propiciamos lo que llamamos *igualdad jurídica,* con alcance integral y de la siguiente manera:

a) igualdad *ante el estado;* a') ante la ley; a'') ante la administración; a''') ante la jurisdicción;

b) igualdad *ante y entre particulares:* en la medida de lo posible y de lo justo.

39. — La igualdad permite por eso hablar, extensivamente, de la igualdad *ante la administración*. Cuando los órganos del poder ejercen función administrativa, deben manejarse con la misma regla de no dar a unos lo que se niega a otros en igualdad de circunstancias, o viceversa; y de evitar las discriminaciones arbitrarias.

40. — La igualdad *ante la jurisdicción* (o administración de justi-cia), encuentra base más concreta en la constitución. Un primer aspecto de esa igualdad está dado por el hecho de que la constitución obliga a que la ley establezca la *unidad de jurisdicción* mediante los mismos tribunales ("jueces naturales") para todos los habitantes. Nadie puede ser sacado de sus jueces naturales (art. 18), y todos tienen el mismo derecho de acudir ante ellos. No puede haber quienes sean juzgados por otros jueces, ni a título de privilegio ni a título de castigo. Como privilegio que son, están abolidos en el art. 16 los *fueros personales*, que consistían en el derecho de una persona a ser juzgada según condición o profesión por sus pares (fuero militar, fuero eclesiástico, fuero universitario).

Subsisten, en cambio, sin ser lesivos de la igualdad, los llamados *fueros reales*, *de materia* o de *causa*, que existen en razón de la cuestión a juzgar y no de las personas. Subsisten también, con determinadas condiciones, las llamadas *jurisdicciones especiales* —a veces coincidentes con un fuero real— que en nuestro derecho constitucional son principalmente dos: la jurisdicción *militar* y la jurisdicción *administrativa.*

El problema de la violación de la igualdad por la jurisprudencia contradictoria

41. — Siendo la ley la misma para todos, ¿sufre la igualdad cuando la misma ley es interpretada en circunstancias similares de modo opuesto por tribunales distintos?

Nosotros creemos que *sí,* porque la *sentencia* como "derecho del caso y de las partes" es la que acusa para cada uno la vigencia de la ley que esa sentencia aplica e interpreta y, por ende, si una sentencia interpreta en un caso la ley con un sentido, y otra sen-tencia de otro tribunal interpreta en otro caso análogo la misma ley con un sentido discrepante, ambos casos han sido resueltos bajo la "misma *ley*" de "modo *desigualitario*".

¿Cómo remediar esa desigualdad? Postulamos que, alegando la *vulneración de la igualdad,* se utilice el recurso extraordinario para llegar a la Corte Suprema, y se pueda obtener así una decisión que proporcione uniformidad a la jurisprudencia contradictoria.

Nuestro derecho constitucional material no acepta este criterio, y considera que esa desigualdad no es inconstitucional, y que carece de remedio institucional.

La *jurisprudencia* de la Corte Suprema tiene establecido de manera uniforme que la desigualdad derivada de la existencia de fallos contradictorios no viola la igualdad, y que es únicamente el resultado del ejercicio de la potestad de juzgar atribuida a los diversos tribunales, que aplican la ley conforme a su criterio. La desigualdad inconstitucional tiene que provenir del texto mismo de la norma, y no es tal la que resulta de la interpretación que hacen los jueces cuando aplican esa norma según las circunstancias de cada caso. Como principio, pues, el recurso extraordinario no sirve para acusar tal desigualdad ni para conseguir la unificación de la jurisprudencia divergente.

Ha de quedar claro que, a nuestro criterio, la jurisprudencia contradictoria viola la igualdad únicamente cuando la misma ley se interpreta de modo opuesto en *casos similares*, en tanto no hay violación si esa interpretación es discrepante en *casos no similares*, porque entonces la *diferente* interpretación responde razonablemente a la "desigualdad" fáctica de tales casos entre sí.

La variación temporal en la interpretación y aplicación judiciales de la ley penal

42. — Entendemos que cuando en un tiempo determinado el derecho judicial tiene declarada inconstitucional una norma penal, y posteriormente cambia esa jurisprudencia considerándola constitucional, quienes cometieron la conducta atrapada por esa norma penal en el período en que estaba judicialmente declarada inconstitucional deben ser absueltos, aunque al momento de sentenciarse sus causas ya esté en vigor la ulterior jurisprudencia opuesta. Ello es así porque damos por cierto que el "derecho" vigente a la fecha de la conducta presuntamente delictuosa por la que se los somete a proceso penal no era solamente la norma legal (que subsiste incólume en su vigencia normológica) sino la "norma legal *más* la interpretación judicial" que la Corte hacía de ella declarándola inconstitucional.

Esa unidad integrada por la sumatoria de "ley más derecho judicial" es el derecho penal *más benigno* porque conduce a absolver y no a condenar. Por ende, de aplicarse el derecho judicial posterior más severo se vulneran principios caros al derecho penal —por ejemplo, el de la *ley previa* (que no es sólo la letra de la norma penal sino ella "más" el derecho judicial) así como el principio de *igualdad* (en cuanto todos los que cometieron el hecho en la misma época en que la Corte tenía declarada la inconstitucionalidad de la norma penal deben obtener judicialmente el mismo tratamiento absolutorio)—.

Para el tema pueden verse, en sentido contrario a lo que propiciamos, los fallos de la Corte Suprema y sus disidencias en los casos "V., J.C." del 9 de octubre de 1990, y "A., J.C." del 10 de marzo de 1992.

La igualdad en las relaciones privadas

43. — Resta decir algo sobre la igualdad en las *relaciones priva-das,* o sea, *ante y entre particulares.*

Nuestra constitución consagra algunos aspectos de la igualdad privada. Así, en el art. 14 bis, establece expresamente que se debe *igual salario por igual trabajo,* con lo que impide la discriminación arbitraria del empleador entre sus dependientes en materia de remuneraciones.

Como principio general puede, también, decirse que si la regla de razonabilidad se extiende a los actos de los particulares para obligar a que tales actos tengan un contenido razonable, todo trato arbitrariamente desigualitario (o sea, irrazonable) que un particular infiere a otros particulares que frente a él se hallan en condiciones similares, viola la igualdad en las relaciones privadas.

La igualdad en la admisión de los empleos

44. — Un aspecto de la igualdad expresamente mencionado en la constitución es la *libre admisión en los empleos* sin otra condición que la *idoneidad.*

a) En primer lugar, hay empleos para los cuales *la propia consti-tución* estipula los requisitos: así, para ser presidente, y vicepresidente; para ser diputado y senador; para ser juez de la Corte Suprema. En tales casos, ninguna norma inferior puede añadir o disminuir los mencionados requisitos.

Pero *también para estos cargos rige el requisito general de la idoneidad.* Por eso, cuando se trata de cargos que se disciernen por elección popular, los partidos que presentan candidaturas han de seleccionarlas responsablemente tomando muy en cuenta la idoneidad.

b) En segundo lugar, para los demás empleos —que debemos entender referidos a los empleos *públicos*— la *idoneidad* es la pauta exclusiva con que puede manejarse la forma y la selección de los candidatos. Todo requisito exigible debe filtrarse a través de la idoneidad, o sea, configurar un elemento que califique a la idoneidad.

El requisito de idoneidad, tal como viene impuesto por el art. 16, es exigible también en el empleo público provincial.

Si en sentido lato puede hablarse de un derecho "al" empleo de todos los habitantes, ello sólo significa la pretensión o expectativa de acceder a un empleo conforme a la idoneidad. No tratándose todavía de un verdadero derecho subjetivo, la *relación* jurídica de empleo surge solamente cuando el ingreso se opera mediante

nombramiento u otra forma de incorporación a la administración pública; producido ese ingreso, surgen los *derechos "del" empleo.*

45. — Si bien la idoneidad en cuanto "aptitud" depende de la índole del empleo, y se configura mediante condiciones diferentes, *razonablemente* exigibles según el empleo de que se trata, podemos decir en sentido lato que tales condiciones abarcan la aptitud técnica, la salud, la edad, la moral, etcétera.

Al contrario, y como principio, *no son* condición de idoneidad: el sexo, la religión, las creencias políticas, etc., por lo que sería inconstitucional la norma que discriminara apoyándose en esos requisitos.

En lo que hace a la *nacionalidad* (o ciudadanía) entendemos que la condi-ción de argentino *no* es exigible con carácter general, porque la constitución abre el acceso a los empleos a todos los "habitantes", incluyendo extranjeros. Por excepción, la condición de nacionalidad puede imponerse para ciertos em-pleos —por ej.: en el servicio exterior—. Las normas que exigen ser argentino para ingresar a la administración nos parecen inconstitucionales.

En el caso "Repetto, Inés M." del 8 de noviembre de 1988 la Corte consideró inconstitucional la exigencia de nacionalidad argentina para el desempeño de la docencia en establecimientos privados de la provincia de Buenos Aires.

La igualdad en los impuestos y las cargas públicas

46. — Por último, el art. 16 estipula que la igualdad es la base del *impuesto* y de las *cargas públicas.* El concepto de igualdad fiscal es, meramente, la aplicación del principio general de igualdad a la materia tributaria, razón por la cual decimos que: a) todos los contribuyentes comprendidos en una misma categoría deben recibir igual trato; b) la clasificación en categorías diferentes de contribuyentes debe responder a distinciones reales y razonables; c) la clasificación debe excluir toda discriminación arbitraria, hostil, injusta, etc.; d) el monto debe ser proporcional a la capacidad contributiva de quien lo paga, pero el concepto de proporcionalidad incluye el de progresividad; e) debe respe-tarse la uniformidad y generalidad del tributo.

El mismo principio de igualdad de sacrificio impera en materia de cargas públicas, sean éstas en dinero, en especie o en servicios personales.

Desarrollamos el tema al tratar la tributación fiscal.

CAPÍTULO XI

LA LIBERTAD RELIGIOSA

I. LA CONFESIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA. - La fórmula constitucional. - El status de la Iglesia Católica Apostólica Romana. *El derecho judicial*. II. EL EJERCICIO DE LAS RELACIONES CON LA IGLESIA HASTA EL ACUERDO DE 1966 Y LA REFORMA DE 1994. III. EL EJERCICIO DE LAS RELACIONES CON LA IGLESIA DESDE EL ACUERDO DE 1966. IV. LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES. V. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO PERSONAL. - La definición de la Iglesia. -Los contenidos constitucionales de la libertad religiosa. VI. LOS TRATADOS INTERNACIONALES. *Apéndice:* Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina.

I. LA CONFESIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La fórmula constitucional

1. — El derecho constitucional argentino resuelve el problema de la relación entre el estado y la Iglesia asumiendo una postura *confesional.*

La toma de posición del estado frente al poder espiritual o religioso puede definirse, esquemáticamente, a través de tres posiciones tipo: a) la *sacralidad* o estado sacral en que el estado asume intensamente dentro del bien común temporal importantes aspectos del bien espiritual o religioso de la comunidad, hasta convertirse casi en un instrumento de lo espiritual; no se trata de que el estado cumpla una función espiritual, o desplace a la comunidad religiosa (o iglesia) que la tiene a su cargo, sino de volcar a los contenidos del bien común público todos o la mayor parte de los ingredientes del bien espiritual; b) *secularidad* o estado secular, en que el estado reconoce la realidad de un poder religioso o de varios, y recoge el fenómeno espiritual, institucionalizando políti-camente su existencia y resolviendo favorablemente la relación del estado con la comunidad religiosa (o iglesia) —una o varias—; este modo de regulación es muy flexible, y está en función de la circunstancia de lugar y tiempo tomando en cuenta —por ej.— la composición religiosa mayoritaria o pluralista de la sociedad; c) *laicidad* o estado laico, en que sin reparar en la realidad religiosa que se da en el medio social, elimina a priori el problema

espiritual del ámbito político para adoptar —a lo menos teóricamente— una postura indiferente o agnóstica que se da en llamar neutralidad.

2. — La *confesionalidad* de nuestro estado cabe en la tipología de *la secularidad.*

La fórmula de la secularidad en que se enrola la constitución argentina está dada por la *libertad de cultos sin igualdad de cultos,* en cuanto hay un culto y una iglesia que tienen *preeminencia* sobre las demás confesiones y obtienen un reconocimiento preferente. Se trata del culto *católico,* y de la *Iglesia* respectiva.

La norma de la constitución actual a la que otorgamos tal sentido es el viejo *art. 2º*, que permanece incólume después de la reforma de 1994.

El art. 2º dispone que el *gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.*

3. — Cuando afirmamos que hay libertad de cultos pero no igual-dad de cultos, estamos muy lejos de entender que la constitución introduce una discriminación arbitraria en orden a la libertad religiosa de las personas y de las comunidades no católicas. Si así fuera, las valoraciones imperantes a fines del siglo XX y el derecho internacional de los derechos humanos acusarían, seguramente, a esa discriminación como incompatible con el actual sistema de derechos que diseñan los tratados de derechos humanos.

La "no igualdad" de cultos y de iglesias, sin cercenar el derecho a la libertad religiosa en estricto pie de igualdad para todas las personas y comunidades, significa únicamente que la relación de la República Argentina con la Iglesia Católica Romana es *diferente* a la que mantiene con los demás cultos e iglesias, porque cuenta con un reconocimiento especial. Por eso hemos hablado antes de "preeminencia".

¿No podría, acaso, traducirse en el adagio latino "primus inter pares"?

4. — El por qué de esta toma de posición constitucional obedeció a diversas razones. Por un lado, la *tradición hispano-indiana* y los *antecedentes* que obran en la génesis constitucional de nuestro estado (ensayos, proyectos, constituciones, estatutos y constituciones provinciales, etc.). Por otro lado el reconocimiento de la *composición religiosa de la población*, predominante y mayoritariamente católica. Y sobre todo, en la conjugación de los factores citados, la *valoración* del catolicismo como religión verdadera. Este último punto surge definidamente del pensamiento del convencional Seguí en la sesión del 21 de abril de 1853, al expresar que el deber de sostener el culto incluía la declaración de que la religión católica era la de la mayoría o la casi totalidad de los habitantes, y comprendía asimismo la creencia del Congreso Constituyente sobre la verdad de ella "pues sería absurdo obligar al gobierno federal al sostenimiento de un culto que simbolizase una quimera".

El status de la Iglesia Católica Apostólica Romana

5. — La constitución confiere a la Iglesia Católica un *status constitucional* propio, y una relación especial con el estado. Dicho status consiste en reconocer a la Iglesia como una *persona jurídica de derecho público* (no estatal), o de "existencia necesaria" —como la calificó Vélez Sarsfield en el art. 33 de su código civil—: y aquella relación se define como de *unión moral* entre el estado y la misma Iglesia.

Esta unión moral significa solamente que entre la Iglesia Católica y el estado debe existir una relación de *cooperación,* con *autonomía* de una y otro en el ámbito de las competencias respectivas, y con reconocimiento estatal de la órbita del poder espiritual propio de la Iglesia, al modo como viene definido en el Acuerdo de 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina.

No llegamos a advertir que la Iglesia Católica sea una iglesia *oficial*, ni que la religión católica sea una *religión de estado.* No obstante, para comprender la valoración constitucional contemporánea a los constituyentes, es elocuente traer a cita el pensamiento de Vélez Sarsfield, jurista de esa generación, quien en el art. 14 inc. 1º de su código civil torna inaplicables en nuestro país las leyes extranjeras opuestas a la "religión *del estado* " (como son —según lo puntualiza en la nota respectiva— las dictadas en odio a la Iglesia, o las que permiten matrimonios que la Iglesia condena).

6. — El art. 2º tampoco tiene el alcance de establecer como una obligación del gobierno federal la de *subsidiar económicamente* al culto católico.

Una fuerte corriente interpretativa dentro de nuestros autores ha creído reducir la pauta y el deber emergentes del art. 2º a una mera ayuda financiera para los gastos del culto.

Quizá, el propio informe de la Comisión de Negocios Constitucionales en el seno del Congreso Constitucional haya dado pie a este punto de vista, al afirmar que por el art. 2º "es obligación del gobierno federal mantener y sostener el culto católico, apostólico, romano, a expensas del tesoro nacional".

En primer lugar, no sabemos por qué "sostener" puede significar "contribuir" o "pagar". En segundo término, estaría muy mal ordenado metodológica-mente dicho artículo, sin con ese alcance de sustento pecuniario precediera al art. 4º, que se refiere a la formación del tesoro nacional. ¿Cómo el constituyente prevé y regula un egreso cuando todavía no ha previsto ni regulado los ingresos o recursos?

"Sostener", en cambio, quiere decir dos cosas, que ya hemos adelantado: a) la *unión moral* del estado con la Iglesia, y b) el reconocimiento de ésta como *persona jurídica de derecho público.*

La contribución económica del estado a la Iglesia por vía de un presupuesto de culto, que no es obligación impuesta por la constitución, tuvo una razón histórica muy distinta: compensar precariamente a la Iglesia de la expoliación de bienes que sufrió con la reforma de Rivadavia. Podría desaparecer esa contribución sin afectarse en nada el deber del art. 2º.

7. — Cuando el art. 2º dice que "el *gobierno federal* sostiene…" hemos de interpretar que la atribución de ese deber al "gobierno" federal significa que el sostenimiento está a cargo del *"estado" federal,* y que lo ha de cumplir el "gobierno" que ejerce su poder y que lo representa.

Es útil hacer esta aclaración porque hay quienes entienden que estando asignado "únicamente" al *gobierno federal* el deber de sostenimiento, la cláusu-la no obliga a las provincias ni a los gobiernos provinciales. A la inversa, si sostenemos que el art. 2º impone una *obligación al "estado" federal,* y que contiene un *"principio" constitucional,* aquélla y éste se trasladan a las provincias por imperio de los arts. 5º y 31, y descartan e invalidan la fórmula de "laicidad" en las constituciones provinciales.

El derecho judicial

8. — En 1991 y 1992 la Corte hubo de resolver dos casos importantes que pusieron al día su jurisprudencia en la materia.

El 22 de octubre de 1991 falló la causa "Lastra Juan c/Obispado de Venado Tuerto" en la que se planteaba un embargo sobre un inmueble del Obispado donde se hallaban emplazadas la sede del mismo y la vivienda del obispo y de varios clérigos de la diócesis. La Corte confirmó la inembargabilidad del bien, invocando el Acuerdo de 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina y el art. 2345 del código civil para retraer la jurisdicción estatal. En lo funda-mental, sostuvo que el reconocimiento del libre y pleno ejercicio del culto y de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, que la República Argentina reconoce a la Iglesia Católica Apostólica y Romana en el art. 1º del Acuerdo celebrado con la Santa Sede en el año 1966, implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines, en armonía con la remisión específica que efectúa el art. 2345 del código civil en cuanto a la calificación y condiciones para la enajenación de los templos y las cosas sagradas y religiosas correspondientes a las respectivas iglesias o parroquias.

El 16 de junio de 1992 la Corte falló el caso "Rybar Antonio c/García Rómulo y/u Obispado de Mar del Plata", en el que se impugnaba una sanción canónica impuesta al actor. Tres jueces de la Corte consideraron que el recurso extraordinario era inadmisible, pero otros cinco fundaron el rechazo en el argumento de que el ya citado Acuerdo de 1966 garantiza a la Iglesia Católica el libre y pleno ejercicio de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, por lo que, con referencia a la sanción canónica discutida, la cuestión se reputó no judiciable.

De ambas sentencias puede inferirse una pauta, cual es la de que hay *materias reservadas al derecho canónico* que, por conexidad íntima con los fines específicos de la Iglesia, quedan fuera de la jurisdicción del estado. Acá hubo dos: el respeto a la inembargabilidad de ciertos bienes eclesiales, y la irrevisa-bilidad de una sanción canónica de naturaleza espiritual. Sin generalizar exten-sivamente la pauta, queda en claro que, con esta reciente jurisprudencia, el estado reconoce a la Iglesia en virtud de un tratado internacional (que es el Acuerdo de 1966) una esfera que le queda *exclusivamente reservada,* como propia del ordenamiento canónico que la rige y, lo que es lo mismo, que el estado se abstiene de interferir en ella.

II. EL EJERCICIO DE LAS RELACIONES CON LA IGLESIA HASTA EL ACUERDO DE 1966 Y LA REFORMA DE 1994

9. — En el texto de la constitución antes de su reforma de 1994, dos tipos de cláusulas atendían a la relación con la Iglesia y con el catolicismo.

a) El primer grupo, encabezado por el todavía vigente *art. 2º,* acentuaba la *preeminencia*. Otras dos normas, eliminadas en la reforma de 1994, encontrábamos en los arts. 67 inc. 15, y 76. El inc. 15, entre las competencias del congreso, le otorgaba la de "promover" la *conversión de los indios* al catolicismo; el art. 76 incluía entre los

requisitos para ser presidente y vicepresidente de la república, el de “pertenecer” a la *comunión católica apostólica romana.*

Ni el actual inc. 17 del art. 75 —sobre los pueblos indígenas argentinos— ni el art. 89 —en la nueva numeración correspondiente al que era 76— mantie-nen las aludidas normativas;

b) El segundo grupo de cláusulas, al contrario, dio lugar a una aplicación que, en vez de contemplar la preeminencia de la Iglesia y la religión católicas, consagró en su perjuicio un trato *desigualitario* en relación con los demás cultos, al *someter* a la Iglesia a interferencias del poder estatal. Fueron clásicas en el regalismo del siglo XIX, pero perdieron vigencia sociológica cuando, en 1966, la República Argentina y la Santa Sede celebraron el Acuerdo concordatario que luego examinaremos; b’) El art. 67 inc. 19 de la constitución previó, entre las competencias del *congreso,* la de *“arreglar”* el ejercicio del *patronato*. Sabemos que las cuatro veces que el mismo artículo empleó el verbo “arreglar”, quiso significar con evidente precisión gramatical que se trataba de una facultad referida a una cuestión bi o multilateral, en la que el estado no podía actuar unilateralmente (*arreglar:* los límites internacionales, el pago de la deuda interior y exterior, las postas y correos, y el ejercicio del patronato). De esta norma deducimos que *sin* arreglo previo, el ejercicio del patronato estaba *inhibido,* y que puesto en funcionamiento dicho ejercicio sin el mismo arreglo, fue un ejercicio “desarreglado”. Todas las otras normas constitucionales sobre patronato debían, entonces, considerarse de carácter *hipotético y condicionado,* hasta concretarse el arreglo. Sin embargo, se aplicaron durante más de cien años; b’’) En este mismo sector de normas del inc. b) la constitución estableció el *patronato* en la designación de los *obispos para las iglesias catedrales,* asignando al *presidente de la república,* a propuesta en terna del *senado,* la presentación de los candidatos a la Santa Sede. Asimismo, el presidente conce-día el *pase,* o retenía, con acuerdo de la Corte Suprema, los decretos de los concilios, y los breves, rescriptos y bulas del Sumo Pontífice.

Por fin, entre las competencias del *congreso* figuraba la de *admitir* en el territorio *nuevas órdenes religiosas* a más de las existentes.

Ha de recordarse que, aun antes del Acuerdo de 1966 con la Santa Sede, el ejercicio de estas competencias había ido moderando paulatina y progresivamente su rigor.

c) La eliminación en la *reforma constitucional de 1994* de todo el conjunto de normas que brevemente hemos repasado —con excepción del art. 2º, que ha quedado subsistente— aconseja derivar ahora a la historia constitucional las evoluciones que registró la praxis en su aplicación hasta el Acuerdo de 1966, y omitir su tratamiento en un texto de derecho constitucional.

III. EL EJERCICIO DE LAS RELACIONES CON LA IGLESIA DESDE EL ACUERDO DE 1966

10. — El 10 de octubre de 1966 se suscribió un *Acuerdo* entre la Santa Sede y la República Argentina, que reviste el carácter de un *concordato* con el mínimo de disposiciones propias de este tipo de tratados. Dicho Acuerdo fue aprobado por ley 17.032 del 23 de noviembre de 1966, y ratificado en enero de 1967.

A partir de la ratificación, la vigencia del Acuerdo hizo *decaer la vigencia sociológica* de las normas de la constitución que regulaban la misma materia.

El fenómeno correspondió a una *mutación constitucional por sustracción,* hasta acaecida la reforma constitucional de 1994, que suprimió las normas en el texto de la constitución.

11. — El art. 1º del Acuerdo reconoce y garantiza a la Iglesia, por parte del estado argentino, el *libre y pleno ejercicio de su poder espiritual,* el libre y público ejercicio de su *culto,* así como de su *jurisdicción* en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos. El art. 3º estipula que el *nombramiento de arzobispos y obispos es de competencia de la Santa Sede.*

Antes de proceder al nombramiento de arzobispos y obispos residenciales (es decir, con gobierno de diócesis), de prelados o de coadjutores con derecho a sucesión, la Santa Sede comunicará al gobierno argentino el nombre de la persona elegida para conocer si existen objeciones de carácter político general en contra de la misma: el gobierno argentino dará su contestación dentro de los treinta días, y transcurrido dicho término, el silencio del gobierno se interpretará en el sentido de que no tiene objeciones para oponer al nombramiento; todas estas diligencias se cumplirán en el más estricto secreto. Los arzobispos y obispos residenciales y coadjutores con derecho a sucesión serán ciudadanos argentinos.

12. — El art. 2º dispone que la *Santa Sede podrá erigir nuevas circunscripciones eclesiásticas,* así como *modificar* los límites de las existentes o *suprimirlas,* si lo considerase necesario o útil para la asistencia de los fieles y el desarrollo de su organización.

Antes de proceder a la erección de una nueva diócesis o de una prelatura, o a otros cambios de circunscripciones diocesanas, comunicará confidencialmente al gobierno sus intenciones y proyectos, a fin de

conocer si éste tiene observaciones legítimas, exceptuando el caso de mínimas rectificaciones territoriales requeridas por el bien de las almas; la Santa Sede también hará conocer oficialmente en su oportunidad al gobierno las nuevas erecciones, modificaciones o supresiones efectuadas, a fin de que éste proceda a su reconocimiento por lo que se refiere a los efectos administrativos; asimismo serán notificadas las modificaciones de los límites de las diócesis existentes.

13. — El art. 4º reconoce el derecho de la Santa Sede de *publicar* en la República Argentina las disposiciones relativas al gobierno de la Iglesia, y el de *comunicar* y mantener correspondencia libremente con los obispos, el clero y los fieles, relacionada con su ministerio, de la misma manera que éstos podrán hacerlo con la Sede Apostólica; gozan de igual facultad los obispos y demás autoridades eclesiásticas en relación con sus sacerdotes y fieles.

14. — El art. 5º establece que el Episcopado Argentino puede llamar al país a las *órdenes, congregaciones religiosas* masculinas y femeninas y *sacerdotes* seculares que estime útiles para el incremento de la asistencia espiritual y la educación cristiana del pueblo.

IV. LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

15. — El derecho público provincial acusa divergencias en la materia. A partir de 1957 algunas constituciones de provincia quebraron la línea tradicional en materia de relaciones con la Iglesia, asumiendo la *laicidad.*

Con posterioridad, encontramos fórmulas variadas. Así, la actual constitución de Río Negro, de 1988, dispone que “la provincia no dicta ley que restrinja o proteja culto alguno, aun cuando reconoce la tradición cultural de la fe católica, apostólica, romana”. Es buena la cláusula que trae la constitución de Córdoba de 1987 en el art. 6º: “La provincia de Córdoba, de acuerdo con su tradición cultural, reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y público ejercicio de su culto. Las relaciones entre ésta y el estado se basan en los principios de autonomía y cooperación. Igualmente garantiza a los demás cultos su libre y público ejercicio, sin más limitaciones que las que prescriben la moral, las buenas costumbres y el orden público”.

Sin descender a detalles que más bien son propios del derecho público provincial, queda por reiterar que si la constitución federal conserva, después de su reforma de 1994, el art. 2º, marca una pauta fundamental para las relaciones de la Iglesia y el estado argentino: tratándose de un *principio* incorporado a la constitución federal, las provincias deben dictar sus constituciones de conformidad con dicho principio, en virtud del art. 5º. En consecuencia, las normas de las constituciones provinciales que no se ajustan al principio de confesionalidad de la constitución federal son *inconstitucionales.*

V. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO PERSONAL

La definición de la Iglesia

16. — Conforme a la Declaración “Dignitatis Humanae” del Concilio Vaticano II, la *libertad religiosa* es un *derecho civil* de todos los hombres en el estado. El reconocimiento de este derecho importa adjudicar a las personas la potencia de “estar inmune de coerción tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana”, de manera que “en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites debidos”. Esta potencia deber ser asignada tanto a las personas individualmente consideradas, como cuando actúan en común, o sea, a las asociaciones y comunidades religiosas, no pudiéndose impedir a nadie que ingrese en una de esas comunidades o que la abandone. Debe reconocerse a la familia el derecho “a ordenar libremente su vida religiosa doméstica bajo la dirección de los padres”, a quienes “corresponde el derecho de determinar la forma de educación religiosa que se ha de dar a sus hijos, según sus propias convicciones religiosas” (Declaración cit., 1, 2, 4, 5, 6).

Los contenidos constitucionales de la libertad religiosa

17. — La *libertad religiosa* se desglosa en dos aspectos fundamentales: a) la libertad de *conciencia;* b) la libertad de *culto.* La primera radica en la *intimidad* del hombre, y significa el derecho de un hombre frente al estado y a los demás hombres, para que en el fuero interno del

primero no se produzcan interferencias coactivas en materia religiosa. Cuando la libertad de conciencia se traslada al fuero externo, se convierte en libertad de culto. (La reglamentación de esta libertad depende de la posición del estado frente a las iglesias o confesiones, según haya una religión oficial, o una religión preferida, o reconocimiento pluralista y equiparado de todas, etc.).

Nuestro derecho constitucional *reconoce* la libertad religiosa. Aun cuando el art. 14 parece enfocar el aspecto "externo" de esa libertad, porque menciona el derecho de *profesar libremente el culto*, interpretamos que, como base previa a la libertad de cultos, admite implícitamente la libertad de "conciencia", que por otra parte se apoya en el art. 33.

18. — La libertad religiosa debe interpretarse en relación con la libertad de *intimidad* o privacidad (art. 19) y con *todos los derechos* cuyo ejercicio admite una finalidad religiosa (de asociación, de reunión, de expresión, etc.).

La libertad religiosa que la constitución consagra tiene, a nuestro juicio, una multiplicidad de contenidos, que favorecen a todos los hombres sin discriminación, y con los solos límites razonables de: a) el status preferente de la Iglesia Católica; b) la moral pública; c) el orden público; d) los derechos de terceros.

Tales contenidos, a título enunciativo, son:

a) el derecho de los *padres* de decidir la orientación espiritual y religiosa de sus hijos menores hasta la edad de discernimiento;

b) el derecho de las *iglesias o confesiones* reconocidas a tener propiedad, y a ejercer los derechos que la constitución reconoce;

c) el derecho de cada *persona* de no ser obligada a participar en actos o ceremonias de culto contra la propia conciencia, o en actos o ceremonias con sentido religioso;

d) el derecho de cada *persona* de no ser compelida a prestar un juramento que la conciencia rechaza;

e) el derecho de cada *persona* de no ser obligada a recibir una enseñanza opuesta a la propia religión;

f) el derecho de cada *persona* a disponer de tiempo suficiente para asistir a las prácticas religiosas en los días de culto, y a no ser obligado a trabajar violando las reglas de conciencia;

g) el derecho a *no padecer discriminaciones* arbitrarias por razones religiosas;

h) el derecho a celebrar *matrimonio* de acuerdo con la propia religión;

i) el derecho de las *iglesias o confesiones* reconocidas a prestar la debida asistencia religiosa a sus fieles en cualquier parte, incluyendo cuarteles, cárceles, establecimientos hospitalarios, etc.;

j) el derecho de las *iglesias o confesiones* reconocidas a formar los ministros de su culto, y a comunicarse con sus autoridades, dentro y fuera del país.

La libertad religiosa requiere, como un contenido importante, la admisión estatal de la *objeción de conciencia* en todos los campos donde su disponibilidad por el sujeto no arriesga ni perjudica intereses de terceros.

Es importante reconocer la objeción de conciencia en los *deberes militares.* En el caso "Portillo, Alfredo", del 18 de abril de 1989, la Corte Suprema admitió —por mayoría— la objeción de conciencia en el cumplimiento del deber militar que impone el art. 21 de la constitución, pero sólo parcialmente, en cuanto no eximió del servicio militar a un objetor pero dispuso que lo efectuara sin el empleo de armas.

Para la satisfacción plena de la libertad religiosa, conciliada con el status preferente de la Iglesia Católica, creemos que es menester que nuestro estado establezca: a) un régimen pluralista en materia de matrimonio, reconociendo a los contrayentes el derecho de casarse conforme a su culto, y confiriendo al matrimonio religioso de cualquier culto los efectos civiles; b) un régimen de matrimonio civil para quienes no poseen culto alguno, o poseyéndolo no desean casarse conforme a él; c) un sistema de enseñanza que facilite y subsidie los establecimientos de educación confesionales en los diversos niveles.

20. — Si bien la libertad religiosa es fundamentalmente un *derecho personal* en sentido estricto —o sea que tiene como sujeto activo individual a la persona humana—, y así lo encaran habitualmente los tratados internacionales sobre derechos humanos, es indispensable proyectarlo desde el hombre hacia los *grupos, comunidades, iglesias*, o como se les llame, que configuran *asociaciones confesionales* o cultos a los que el hombre pertenece o se integra según su convicción libre.

Estas entidades colectivas de naturaleza eclesial o religiosa han de merecer reconocimiento del estado mediante una razonable registración, pero tal reconocimiento debe deparárseles en cuanto iglesias, cultos o religiones, sin obligarlas a revestirse ficticiamente con estructura de asociaciones civiles, porque de imponerse ese requisito formalista se está desfigurando tras una máscara indebida la naturaleza real y verdadera que revisten, y que necesita cobertura recíproca sin disimulos para dejar satisfecha la libertad constitucional religiosa.

VI. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

21. — Cuando se recorre la normativa de los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc. 22, se advierte que la libertad religiosa abarca la de elegir religión, cambiarla, profesarla en privado y en público, y manifestarla, sea individualmente o en forma colectiva.

Es cierto que el derecho a la libertad religiosa en los tratados internacionales de derechos humanos queda reconocida a las *personas físicas* y no a las iglesias o asociaciones cultuales, no obstante que éstas derivan tanto del ejercicio "individual" de la libertad de asociación como de la libertad religiosa de los particulares.

De todos modos, a tenor de la pauta que en el derecho internacional de los derechos humanos induce a elegir y aplicar la norma que, aun perteneciendo al derecho interno, resulta más favorable para el sistema de derechos, afirmamos que por imperio de nuestra constitución los derechos que ella reconoce son *extensivos*, en su titularidad y ejercicio, *a favor de las entidades colectivas.* De tal forma, las iglesias y asociaciones religiosas también gozan de la similar libertad que los tratados garantizan a las personas físicas.

22. — Entre las disposiciones que en la materia contienen los referidos tratados cabe citar al art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica; el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el art. 14 de la Convención sobre Derechos del Niño. A su modo, hay conexiones en la Convención sobre Discriminación Racial (arts. 1º y 4 d vii) y en las dos Convenciones sobre genocidio (art. II) y sobre la tortura (art. 1º).

Asimismo hay que tener en cuenta que: a) la protección que en tratados internacionales se reconoce a las *minorías* abarca a las de origen o índole religiosas (por ej., art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 30 de la Convención sobre Derechos del Niño); b) la imposición genérica del deber de respetar, hacer efectivos los derechos y garantizarlos, impide discriminaciones que, entre otros motivos, se basen en la religión.

ÍNDICE GENERAL

Prefacio.. 9

CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINAS................ 13

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre... 99

Declaración Universal de Derechos Humanos 107

Convención Americana sobre Derechos Humanos 115

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 145

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo 159

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio 187

Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial 193

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer... 209

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes 225
Convención sobre los Derechos del Niño 243

CAPÍTULO I

LA ESTRUCTURA, EL CONTENIDO Y LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL TRIALISMO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL 269
El orden de conductas, o dimensión sociológica 270
El orden de normas, o dimensión normativa o normológica 271
El orden de valor, o dimensión dikelógica 272

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL FORMAL Y MATERIAL 273
La constitución formal 275
La constitución material 275
El bloque de constitucionalidad 276
La fuerza normativa de la constitución 276
La coincidencia, discrepancia, u oposición entre la constitución formal y la constitución material 277

III. LAS FUENTES:
Las fuentes formales y materiales 278
Las fuentes del derecho constitucional argentino 278
El derecho espontáneo 279
El derecho judicial 282
Las fuentes en relación con la validez y la vigencia 283
La interrelación de vigencia y validez 284
El derecho internacional público 285
Las fuentes históricas 289

CAPÍTULO II

LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN

I. LOS TIPOS Y LA CLASIFICACIONES DE LAS CONSTITUCIONES:
Los tres tipos puros 291
Las clases de constitución 292

II. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL ARGENTINA:
Su caracterización general 294
El preámbulo 296
El orden normativo de la constitución formal 298
Normas “operativas” y “programáticas” 299
Normas que no son susceptibles de reglamentación 302

III. LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994:
¿Es una “nueva” constitución? 302
El techo ideológico 303
La vigencia normológica de las normas no reformadas 303
¿Las leyes complementarias sólo pueden dictarse una vez? 304

La rigidez 304
Las cláusulas transitorias.. 306

IV. LA DINÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN:
La constitución en la movilidad del régimen político 306
El reflejo de las normas de la constitución formal en la constitución material 307
Las mutaciones constitucionales 308

CAPÍTULO III

LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

I. LA INTERPRETACIÓN:
Algunas pautas preliminares 311
La interpretación “de” la constitución y “desde” la constitución.. 312
Qué es interpretar 313
Las clases de interpretación 313

II. LA INTEGRACIÓN:
La carencia de normas.. 315
Los mecanismos de integración.. 316
La relación de confluencia entre integración e interpretación.. 316
La carencia dikelógica de normas y la supremacía de la constitución 317
Las leyes injustas.. 317

III. LAS PAUTAS DE LA INTERPRETACIÓN: 318

IV. LA INTERPRETACIÓN, Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL:
Sus relaciones.. 320

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA AXIOLÓGICO DE LA CONSTITUCIÓN

I. “LETRA” - “ESPIRITU” - “RAIZ HISTÓRICA”: EL TEXTO Y EL CONTEXTO:
Su sentido.. 323

II. PRINCIPIOS, VALORES Y NORMAS:
Las diferencias y las aproximaciones... 326
El plexo de principios, valores y derechos en la parte orgánica... 328
El artículo 75 328
Otras normas de la parte orgánica... 329
La expansión de sentido del plexo axiológico en la parte orgánica... 330
La relación con los derechos.. 331
Conclusión.. 332

CAPÍTULO V

LA SUPREMACÍA Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN

I. LA FORMULACIÓN CLÁSICA DE LA DOCTRINA Y SUS ALCANCES:
Su caracterización general 333
La actualización contemporánea 334
La jerarquía normativa 334
Supremacía y reforma constitucional 335
La supremacía en el tiempo 336
El control de constitucionalidad: su significado 336
El control constitucional y la interpretación 338
La doctrina de la supremacía constitucional y la inconstitucionalidad “dentro” de la constitución 338

II. LOS REAJUSTES CONTEMPORÁNEOS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL:
La doctrina de la supremacía constitucional de cara al nuevo derecho internacional 339
La incidencia en el control interno de constitucionalidad 341
La modificación de la doctrina de la supremacía constitucional en el actual derecho constitucional argentino 342
La tesis que rechazamos 344
Las tesis que sostenemos 345

III. LAS RELACIONES ENTRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:
El panorama después de la reforma de 1994 347
Las materias controlables 349
Una diferencia entre “cuestión constitucional”, “cuestión política” y control 351
El control del derecho extranjero aplicable en jurisdicción argentina 352
El control de constitucionalidad “a favor” del estado por “acto propio” 352
La supremacía y el derecho judicial de la Corte Suprema 352
La inconstitucionalidad como efecto de actividad lícita del estado 353
La inconstitucionalidad en el tiempo 354
La inconstitucionalidad “por omisión” y su control 354

IV. LA ORGANIZACIÓN DEL CONTROL:
Los sistemas posibles de control 356
Los sistemas de control en nuestro derecho constitucional (federal y provincial) 359
Las variables del control en el derecho público provincial 363
La legitimación procesal 364
El marco de condicionamiento y las bases de control 365
El alcance, los caracteres y las posibilidades del control 367

V. LA SUPREMACÍA EN RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO:
Constitución, tratados, leyes 370

CAPÍTULO VI

EL PODER CONSTITUYENTE

I. EL PODER CONSTITUYENTE “ORIGINARIO” Y “DERIVADO”:
Su caracterización general 373
El poder constituyente en el derecho constitucional argentino 375

II. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ART. 30:
La duda sobre la rigidez 377
La rigidez clásica: los requisitos formales y los contenidos pétreos 380
Las etapas de la reforma, y sus requisitos y alcances 380
Algunos efectos de la reforma 383
La fijación del temario que el congreso deriva a la convención para su reforma, y el caso de la reforma de 1994 383
Nuestra opinión frente a la ley 24.309 384
Las principales reformas: casos de 1949, 1957, 1972 y 1994 385

III. EL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS:
Su encuadre 386
El novísimo ciclo constituyente provincial a partir de 1985 387

IV. EL CASO Y LA SITUACIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES:
La reforma de 1994 388
Apéndice: Ley 24.309. Declaración de la necesidad de reforma de la constitución 391

CAPÍTULO VII

EL ESTADO ARGENTINO Y SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN:
Los nombres del estado 405
Los elementos del estado 406
A) La población 406
La nación 408
B) El territorio 409
Jurisdicción, dominio y territorio 411

II. LA NACIONALIDAD Y LA CIUDADANÍA:
Su caracterización general 412
La nacionalidad y la ciudadanía en nuestro derecho constitucional: sus clases 413
La ley 346, y la reforma constitucional de 1994 413
La subsistencia de la identidad constitucional entre nacionalidad y ciudadanía 414
La nacionalidad “por naturalización” 415
La pérdida de la nacionalidad 415
La “pérdida” de la “ciudadanía” 416
La “unidad” de nacionalidad 417
La doble nacionalidad 417
La “ciudadanía provincial” 417
La nacionalidad por matrimonio 418
Los tratados internacionales sobre derechos humanos 418
La protección de nacionales y extranjeros 419

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS:
El ingreso y la admisión 419
El asilo político 420
Los refugiados 420
La inmigración 420
La permanencia y la expulsión de extranjeros 421
Los tratados internacionales de derechos humanos 424
Las personas jurídicas extranjeras 425

IV. EL PODER Y EL GOBIERNO:
La legitimidad "de origen", y "de ejercicio" 425
Los gobernantes de facto 426
La soberanía 427
El gobierno federal 427
La república y la representación 428
Las formas "semidirectas" 429

V. LAS FORMAS DE ESTADO:
El federalismo y la democracia 430

VI. LAS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES:
Su encuadre 432
Los deberes del hombre: sus modalidades y clases 432
La fuente de las obligaciones de los particulares 434
Las obligaciones correlativas de los derechos personales 434
La objeción de conciencia 434
Las obligaciones del estado 435

CAPÍTULO VIII

LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y EL FEDERALISMO

I. LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL:
El federalismo argentino 438
El derecho "federal" 439
La supremacía del derecho federal 439
Las tres relaciones típicas de la estructura federal 440
La subordinación 440
La participación 441
La coordinación 441
El reparto de competencias 441

II. LAS PROVINCIAS:
Su caracterización general 444
Las nuevas provincias 445
Los límites y conflictos interprovinciales 446
Los supuestos de extraterritorialidad 448
La unidad y la integridad territoriales 449

III. EL RÉGIMEN MUNICIPAL:
Los municipios: de 1853-1860 a 1989 450
El reconocimiento en la reforma de 1994 451

IV. LA REGIONALIZACIÓN:
Su admisión expresa en la reforma de 1994 452
La competencia provincial y su alcance 453

V. LA CIUDAD DE BUENOS AIRES:
Su autonomía... 455
Cuál es la entidad política de la ciudad 456

VI. LOS LUGARES DE JURISDICCIÓN FEDERAL:
Las innovaciones con la reforma de 1994 457
La ciudad capital 458
Los “enclaves” en las provincias 458
Los territorios nacionales 459

VII. LA INTERVENCIÓN FEDERAL:
La garantía federal... 460
El art. 6º y los tipos de intervención 460
La aplicación práctica de la intervención federal 463
El acto de intervención 464
El interventor o “comisionado” federal 466

VIII. LA DINÁMICA DEL FEDERALISMO:
Sus debilidades 468
El federalismo concertado 469
El principio de lealtad federal 470

IX. EL ESQUEMA DEL FEDERALISMO DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994:
La nueva normativa 470

CAPÍTULO IX

EL SISTEMA DE DERECHOS

I. LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN:
La evolución del constitucionalismo clásico 473
Las tres generaciones de derechos 476
Los derechos humanos 476
Las declaraciones de derechos: su génesis histórica e ideológica 476
El “fundamento” de los derechos 478
Las normas 479
El sistema de derechos al despuntar el siglo XXI 479

II. LOS DERECHOS EN NUESTRO ACTUAL DERECHO CONSTITUCIONAL:
El sistema de derechos y la reforma de 1994 480
Los tratados internacionales de derechos humanos 481
La democracia y el sistema de valores en la reforma de 1994 481
Listado de los derechos personales 483
Un agrupamiento de materias relacionadas con los derechos 489
Los derechos humanos y la interpretación constitucional 490

III. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y DE SU

DECLARACIÓN:
Las pautas fundamentales 492
Los derechos y la responsabilidad del estado 496
El sujeto activo (o titular) de los derechos 497
El sujeto pasivo de los derechos 499
Las obligaciones constitucionales que reciprocan a los derechos 501
Los derechos "por analogado" y la obligación "activamente universal" 502
El ámbito territorial y personal de aplicación de la declaración de derechos 503
Las situaciones jurídicas subjetivas que no son derechos subjetivos 504

IV. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:
Su encuadre y sus características 506
El estado, sujeto pasivo 507
El derecho internacional y el derecho interno 508
El rango del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno argentino 508
Las obligaciones del estado 509
El derecho humanitario y de refugiados 510
Las obligaciones de las provincias 510

V. EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS:
El posible acrecimiento de los derechos del plexo federal 510

VI. LOS DERECHOS Y LA LEGITIMACIÓN PROCESAL:
La legitimación, problema constitucional 512
La legitimación para promover el control constitucional 513
El juez y la legitimación 514

VII. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RAZONABILIDAD:
La formulación y la finalidad del principio de legalidad 514
El tránsito del principio de legalidad al de razonabilidad:
La regla de la razonabilidad 515
La formulación y finalidad del principio 516

CAPÍTULO X

LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD JURÍDICAS

I. LA LIBERTAD COMO DERECHO DE LA PERSONA HUMANA 519
Los contenidos de la libertad jurídica 519
La libertad física 521
La libertad de intimidad 522
El sentido personalista de la intimidad 523
Ejemplos de conductas autorreferentes resguardadas en la intimidad 523
Las proyecciones de la libertad de intimidad 524
La intimidad de los menores 526
La "juridicidad" de la intimidad 527
Los tratados internacionales 527
El derecho a la identidad personal 527
El derecho a la diferencia 528

El habeas data ... 529

II. LA IGUALDAD JURÍDICA:
Su concepto ... 529
La reforma de 1994 ... 530
El derecho judicial en materia de igualdad ... 532
La discriminación ... 534
La discriminación "inversa" ... 535
La igualdad ante la ley: su insuficiencia - La plenitud de igualdad jurídica ... 536
El problema de la violación de la igualdad por la jurisprudencia contradictoria ... 537
La variación temporal en la interpretación y aplicación judiciales de la ley penal ... 538
La igualdad en las relaciones privadas ... 538
La igualdad en la admisión en los empleos ... 539
La igualdad en los impuestos y las cargas públicas ... 540

CAPÍTULO XI

LA LIBERTAD RELIGIOSA

I. LA CONFESIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA:
La fórmula constitucional ... 541
El status de la Iglesia Católica Apostólica Romana ... 543
El derecho judicial ... 544

II. EL EJERCICIO DE LAS RELACIONES CON LA IGLESIA HASTA EL ACUERDO DE 1966 Y LA REFORMA DE 1994: ... 545

III. EL EJERCICIO DE LAS RELACIONES CON LA IGLESIA DESDE EL ACUERDO DE 1966: ... 546

IV. LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES: ... 548

V. LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO DERECHO PERSONAL:
La definición de la Iglesia ... 548
Los contenidos constitucionales de la libertad religiosa ... 549

VI. LOS TRATADOS INTERNACIONALES ... 551
Apéndice: Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina ... 553